

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

CRISTINA BORGES RIBAS

**A GUARDA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

**CURITIBA
2006**

CRISTINA BORGES RIBAS

**A GUARDA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

**Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito,
Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2006

TERMO DE APROVAÇÃO

CRISTINA BORGES RIBAS

A GUARDA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito da Universidade Federal do Paraná pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador:

Prof. Doutor Titular Luiz Edson Fachin

Professor Doutor Paulo Nalin

Professora Doutoranda em Direito da UFPR Andréa Alves de Sá

Curitiba, 23 de outubro de 2006.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais que exerceram seu poder
familiar e guarda de forma exemplar.

Ao meu amor, Fernando.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Luiz Edson Fachin.

A todos que, direta e indiretamente,
contribuíram com a minha pesquisa.

Neste momento de equívocos e contradições que marcam flagrante desvio ético nas instituições públicas e privadas, a desagregação familiar lidera os incontáveis problemas que caracterizam a sociedade brasileira.

Tânia da Silva Pereira

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
1. INTRODUÇÃO.....	01
2. OS FUNDAMENTOS BÁSICOS DA GUARDA.....	03
2.1. Uma Compreensão da Função da Guarda e sua Importância.....	03
2.2. A Natureza Jurídica do Instituto da Guarda.....	07
2.3. O Limite Etário da Guarda.....	11
3. AS DISTINTAS MODALIDADES DA GUARDA E O SEU EXERCÍCIO E FIXAÇÃO SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E PERSONALISTA.....	18
3.1. A Evolução da Família e da Legislação Brasileira após a Constituição de 1988.....	18
3.2. A Guarda Originária e Derivada.....	26
3.3. A Guarda de Fato.....	28
3.4. A Guarda Comum.....	32
3.5. A Cisão da Guarda Comum.....	40
3.6. As Famílias Reconstituídas.....	56
3.7. A Guarda Conjunta.....	62
3.8. A Guarda e a Família Monoparental.....	74
3.9. A Guarda Extraconjugal.....	76
4. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	82
4.1. Introdução.....	82
4.2. Documentos Internacionais que Afirmam a Proteção da Criança e do Adolescente.....	83
4.3. Doutrinas Aplicadas no Brasil e a Alteração de Paradigma.....	85
4.4. O Teor do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	89
5. A GUARDA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE.....	94
5.1. É Preciso muito mais para a Aplicação do Princípio como Critério para Exercício e Fixação da Guarda.....	94
5.2. Análise de Casos Específicos.....	96
5.2.1. E agora juiz, os avós, a mãe ou o pai?	96

5.2.2. A guarda no caso das relações homo-afetivas.....	103
6. CONCLUSÃO.....	107
REFERÊNCIAS.....	109

RESUMO

O tema da “Guarda à luz do princípio do melhor interesse” tem como ponto de partida os diversos modelos familiares e de diversidade social e busca, neste contexto, a compreensão do que seria o melhor interesse da criança e do adolescente por meio da análise de certos critérios. Analisa a guarda de fato, a guarda extraconjugal e as famílias reconstituídas reconhecendo as famílias afetivas, enquanto na análise da guarda comum e conjunta declara a interfuncionalidade dos papéis. Discorre sobre a cisão da guarda e sobre as famílias monoparentais observando o princípio do melhor interesse para a fixação do guardião, conforme critérios éticos a serem observados no caso concreto. Enfim, trata dos inúmeros modelos de família, concluindo que a guarda deve ser exercida e fixada sempre de acordo com o que seja o melhor para a criança e para o adolescente, ou seja, que se observe prioritariamente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária desses, conforme disposição constitucional.

Palavras-chave: Guarda; Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

1. INTRODUÇÃO

A estrutura familiar contemporânea é outra e o direito deve acompanhar as novas exigências do século vigente. Quando o tema se refere à guarda, exige-se ainda mais cautela, seja pelo fato de que a criança ou adolescente pode ser fruto de um casal que se separa, ou de um casal que sequer veio a se unir, podendo também ser litigiosa ou consensual.

Em outras palavras, não temos mais apenas um único modelo familiar, há uma enorme diversidade social, mas a família continua a ser o lugar onde se desenvolve a pessoa.

Entretanto, apesar desta diversidade social, a guarda predominantemente tem sido materna e este fato decorre do imaginário social que acredita que a mulher é “naturalmente” mais dotada do que o homem para o cuidado e atenção com os filhos.

Essa idéia é que possivelmente facilita a opinião quase sempre a favor da mãe da maioria dos direitos sobre os filhos, em detrimento dos direitos do pai, avós e demais parentes.

Enfim, seja quando do exercício da guarda ou quando de sua fixação, a mulher, normalmente, é vista como a figura primária de referência da criança.

Destacamos que essa idéia não passa de uma crença, o que nos deve conduzir ao questionamento deste mito.

Devemos elidir a presunção de que a guarda deve ser sempre materna, pois na ocorrência de conflitos entre os interesses da criança e do adolescente e outras pessoas e instituições, os interesses das crianças devem se sobrepor.

Neste contexto, surge atualmente a discussão de ser aplicado o princípio do melhor interesse, o qual apregoa que certos elementos devem ser observados no caso concreto para o exercício e fixação da guarda em consonância com o que seja efetivamente mais conveniente para as crianças, bem como, para que sejam observados os direitos fundamentais da pessoa.

Mas, enfim, quais são esses elementos segundo o princípio do melhor interesse? E o que seria o melhor interesse da criança e do adolescente? É possível indicar esse interesse?

E a guarda propriamente dita, a que se refere quando falamos de melhor interesse e direitos fundamentais da criança?

Criança criada pela avó, filho de mãe solteira ou ainda criança criada na presença do “padastro”, teriam todos os mesmos interesses se o exercício da guarda é tão distinto?

É analisando referido princípio e os diversos modelos familiares que pretendemos compreender o que seria o melhor interesse da criança e do adolescente quando o tema envolvido é o exercício e fixação da guarda.

2. OS FUNDAMENTOS BÁSICOS DA GUARDA

2.1. Uma Compreensão da Função da Guarda e sua Importância

Para iniciarmos nossa pesquisa sobre o tema da guarda, objeto de nossa investigação, entendemos ser imprescindível uma análise conceitual do tema.

Entretanto, quanto ao conceito e a natureza jurídica que vamos expor enfatizamos que devem ser lidos com a devida cautela, pois possuem mais fins didáticos a fim de iniciarmos uma questão que será problematizada, do que de delimitar a temática e os institutos.

O fato é que não é possível conceituar a guarda de forma a “engessar” esse tema tão dinâmico como o Direito de Família, mutável no tempo e no espaço.

A restrição do tema só seria possível através de uma visão patrimonialista do instituto. E como ensina GUSTAVO TEPEDINO¹, a relação parental e a guarda em si evidenciam uma série de situações jurídicas existenciais incompatíveis com este tratamento dogmático tradicionalmente forjado nas relações patrimoniais.

Isso porque a guarda, como expõe WALDYR GRISARD FILHO², não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram, pelo que a compreensão *real* desta somente se efetivará com um estudo mais aprofundado, que pretendemos ainda discorrer.

Por ora, façamos uma breve análise sobre o “conceito” estrito da guarda explanado por alguns autores.

DE PLÁCIDO E SILVA³ conceitua guarda da seguinte forma:

Derivado do latim alemão *warten* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que se formou o francês *garde*, pela substituição do *w* em *g*, é empregado, em sentido genérico, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração.
E com os sentidos assinalados, é empregado na composição de várias locuções em uso na linguagem jurídica.

¹ TEPEDINO, G. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional In: PEREIRA, R. da C. [coord.]. *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.307.

² GRISARD FILHO, W. *Guarda compartilhada, um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 47.

³ SILVA, D. P. *Vocabulário jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 365.

Guarda. Em sentido especial do Direito Civil e do Direito Comercial, guarda quer exprimir a obrigação imposta a certas pessoas de ter em vigilância, zelando pela conservação, coisas que lhes são entregues ou confiadas, bem assim manter em vigilância e zelo, protegendo-as, certas pessoas que se encontram sob sua chefia ou direção. É tomado também no sentido de depósito.

Em sentido especial para o Direito de Família, a compreensão da guarda não difere em absoluto, exprimindo a obrigação imposta a certas pessoas de zelar, vigiar e proteger a criança ou adolescente que lhe é confiada, prestando a essa a assistência material, moral e educacional.

Como ensina DENISE DAMO COMEL⁴, a guarda deve ser entendida no sentido de ter a criança em poder, ou seja, de ter a posse desta, oponível a terceiros e vinculada aos correlatos deveres de vigilância e ampla assistência.

O entendimento de posse, relatado pela Autora, é no sentido de residir conjuntamente com a criança, ter, então, com essa um convívio diário. “Posse” não pode ser entendida como um direito real ou patrimonial, até porque a criança e o adolescente não podem ser vistos como “objetos”.

GUILHERME GONÇALVES STHENGER⁵ afirma ser a guarda um *“poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição.”*

Para GIOVANE SERRA AZUL GUIMARÃES⁶ a guarda pode ser vista como um instituto destinado à proteção dos “menores”⁷, pelo qual alguém assume seus cuidados, na impossibilidade dos próprios pais fazê-lo.

Nossa divergência com esse autor é sutil, ao passo que entendemos que a guarda também é assumida pelos pais, e em caso de impossibilidade desses, aí sim poderá ser assumida por terceiros, parentes ou não.

Nesse sentido preceitua JORGE SHIGUEMITSU FUJITA⁸ afirmando que *“a guarda é um instituto, pelo qual determinada pessoa, seja parente ou não, vem*

⁴ COMEL, D. D. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 64, 66

⁵ STRENGER, G. G. *Guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1998. p. 22.

⁶ GUIMARÃES, G. S. A. *Adoção, tutela e guarda conforme o estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 15.

⁷ A designação menor em referência a criança e ao adolescente está em desuso ao passo que enseja carga pejorativa imposta pelo anterior Código dos Menores. Contudo, será utilizado neste trabalho com a necessária ressalva de que não enseja depreciação à criança e ao adolescente.

assumir a responsabilidade sobre um menor de dezoito anos de idade⁹, consistente na assistência material e imaterial, ou seja, prover suas necessidades vitais de alimentação, vestuário, higiene, moradia, assistência médica e odontológica, de educação e de lazer.”

A guarda, enfim, é o direito de conviver e residir com o jovem, direito do qual surgem inúmeros deveres - desde prestar assistência material à criança, o que engloba o custeamento das necessidades desta, como prestar assistência imaterial, no sentido de contribuir com o desenvolvimento da personalidade e a formação de valores através da prestação de carinho, amor e educação.

Neste contexto, a guarda normalmente é atribuída aos pais que residem com seus filhos lhe dando toda assistência necessária, contudo, como não é sinônima do poder familiar, pode ser assumida ou não por esses.

O poder familiar *“é um complexo de direitos e deveres, quanto à pessoa e bens dos filhos, exercidos pelos pais na mais estrita colaboração e em igualdade de condições, segundo o artigo 226 §5º da CF”*, conforme ensinamentos de WALDYR GRISARD FILHO.¹⁰

Assim sendo, o poder familiar é o conjunto de direitos e de deveres que só podem ser atribuídos aos pais em relação aos filhos em prol da proteção da criança e do adolescente.

É uma função de atender o filho, assegurando-lhe o atendimento de todos os direitos que lhe são reconhecidos como pessoa em face de sua condição peculiar de desenvolvimento. É também um direito, pois para exercer esta função os pais possuem inúmeras prerrogativas.¹¹

Dentre essas prerrogativas dos pais em relação aos filhos está o direito a guarda, que, como visto, se trata do direito de ter o jovem sob sua “posse”, ou melhor, sob sua convivência.

Deste modo, a guarda é o eixo central ao redor do qual gravitam e se regulam todas as demais prerrogativas do poder familiar, pois é a partir da

⁸ FUJITA, J. S. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 308.

⁹ Nos próximos sub-capítulos apresentamos nossas razões para discordar de referido autor quanto ao limite etário da guarda aos 18 (dezoito) anos de idade.

¹⁰ GRISARD FILHO, op. cit., p. 27

¹¹ COMEL, op. cit., p. 64 e 66.

convivência que se torna possível exercer as funções e deveres inerentes ao poder familiar e a própria guarda.¹²

Portanto, a guarda pode ser da natureza do poder familiar, não de sua essência, podendo ser transferida a outras pessoas sem implicar na transferência desta autoridade parental.

Ocorre que quando os pais vivem juntos e harmoniosamente com a prole, ambos exercem a guarda de seus filhos, mas, quando da ruptura do relacionamento, a guarda pode se desvincular do poder familiar com a entrega da criança ou do adolescente pela autoridade judiciária a apenas um dos pais ou ainda a terceiro.

Destaque-se que independentemente de quem aufera respectiva guarda, não haverá ruptura dos laços jurídicos e afetivos da filiação, ou seja, permanece sendo de ambos os pais o poder familiar.¹³

Contudo, a guarda pode decorrer naturalmente do poder familiar ou ainda de atribuição legal ou decisão judicial.¹⁴

Em síntese, o poder familiar atribui a ambos os pais, independentemente da guarda, o poder-dever de gerenciar a educação dos filhos, de modo a moldar sua personalidade, proporcionando-lhe um crescimento com liberdade e responsabilidade; bem como o poder-dever de zelar pelo patrimônio destes.¹⁵

A guarda, por sua vez, implicará em aspectos do poder familiar, cabendo ao guardião, seja parente ou não, a manutenção, proteção e educação da criança e do adolescente.¹⁶

A partir dessa análise, torna-se evidente a importância da guarda, pois é apenas a partir dela que se permite o contato íntegro e forte com a criança, e, portanto, é a partir dela que efetivamente é possível a formação desse “menor” e a geração de um afeto considerável entre pessoas.

É em decorrência dessa importância que a guarda é objeto de nosso estudo, pois a forma como se exerce a guarda ou como se fixa esta tem uma clara relevância para a formação do ser humano.

¹² COMEL, op. cit., p. 250.

¹³ LEITE, E. de O. *Direito Civil aplicado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5: Direito de Família. p. 166/167..

¹⁴ GUIMARÃES, op. cit., p. 15.

¹⁵ TEIXEIRA, A. C. B. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 111.

¹⁶ *Ibid.*, p. 108.

Entendemos que é através do exercício da guarda e não do exercício do poder familiar - embora em alguns casos com expressiva ajuda deste - que se formam as pessoas e seus valores mais intrínsecos.

Resta claro que sem a guarda, ou seja, sem o convívio íntegro ocorre um estreitamente do exercício do poder familiar e, conseqüentemente, uma limitação desse.

Neste trabalho ressaltamos que temos mais dos nossos guardiães (que hoje muitas vezes não correspondem a figura de pai e mãe biológicos) do que podemos compreender, razão pela qual a importância e o fim social do instituto são cristalinos.

2.2. A Natureza Jurídica do Instituto da Guarda

WALDYR GRISARD FILHO ¹⁷ ensina que a guarda pode ser considerada tanto um direito que permite reter a criança no lar, conservando-a junto a si, reger a sua conduta, reclamar quem ilegalmente a detenha, dentre outras prerrogativas; como um dever que obriga o guardião a providenciar à criança e ao adolescente uma vida digna, segura, com saúde, e inclusive, com um futuro provido pelo seu responsável.

De referida análise notamos a natureza jurídica ambivalente da guarda, no sentido de tratar de um “poder-dever”, ou seja, de um direito subjetivo e de um poder jurídico que devem ser exercidos com o fim de preservar os interesses dos jovens.

Enfatiza-se, entretanto, que não podemos *verdadeiramente* compreender a guarda a partir da estrutura do “direito subjetivo” e do “poder jurídico”, categorias típicas dos direitos patrimoniais e, por isso mesmo, inaptas a servir de paradigma para as situações jurídicas existenciais que medeiam o exercício da guarda como processo destinado ao desenvolvimento da personalidade e dignidade humana.

DE PLÁCIDO E SILVA¹⁸ conceitua o direito subjetivo como o poder de ação assegurado legalmente a toda pessoa para defesa e proteção de toda e qualquer espécie de bens materiais ou imateriais, do qual decorre a faculdade de exigir a prestação ou abstenção de atos, ou o cumprimento da obrigação a quem outrem esteja sujeito.

¹⁷ GRISARD FILHO, op. cit., p. 38.

¹⁸ SILVA, op. cit., p. 95.

O dever jurídico, por sua vez, ensina o autor¹⁹, que depende ou não da vontade humana, estabelece sempre um *vinculum jûris*, do qual se gera a necessidade jurídica de ser cumprido aquilo a que se é obrigado.

Dessa forma, o dever jurídico tanto provém do contrato, para formular, especialmente, a obrigação criada pelo mútuo consentimento dos contratantes, como decorre do respeito pelos princípios elementares da equidade e da ordem jurídica.

Com essa análise, evidência - se que os institutos do “direito subjetivo” e do “dever jurídico” possuem uma leitura eminentemente patrimonial, leitura esta que não poderemos realizar quando tratamos da guarda.

Deste modo, relembramos entendimento acima adotado no sentido de que a guarda não se define por si mesma e sim através dos elementos que a asseguram; devendo ser entendida como de natureza jurídica ambivalente, mas lida como um “poder-dever” à luz dos princípios próprios do Direito de Família e não a partir dos elementos de direitos patrimoniais.

Entretanto, nem sempre perdurou esse entendimento.

Como visto, a guarda pode ser um atributo do poder familiar, e como ensina WALDYR GRISARD FILHO²⁰ referido poder familiar já foi considerado efetivo direito de propriedade (enfoque patrimonialista da guarda), vejamos:

...no Direito Romano, o pátrio poder – coluna da família patriarcal – era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana.

Estudando a obra de ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA²¹ chegamos à conclusão de que o poder familiar era caracterizado dessa maneira em razão da família romana se basear em condições econômicas, simbolizando, então, o triunfo da propriedade privada.

¹⁹ Ibid., p. 68.

²⁰ GRISARD FILHO, op. cit, p. 29.

²¹ TEIXEIRA, op. cit., p. 13.

Nessa época, a monogamia tornou-se fator importante justamente para conservar o patrimônio da família, razão pela qual o casamento definia a situação dos filhos como legítimos, enquanto os ilegítimos ou bastardos eram considerados incapazes política e sucessoriamente.²²

Quando do falecimento desse único chefe da família, o *pater familias*, surgiam tantas famílias quantos fossem os varões anteriormente submetidos a um único poder. Esses novos chefes de família herdavam os poderes absolutos sobre a pessoa dos filhos, inclusive o direito sobre a vida e morte destes²³.

WALDYR GRISARD FILHO²⁴ explica que esse patriarcalismo da família atenuou-se apenas com a forte influência do Cristianismo *“impondo aos pais o gravíssimo dever e o direito primário de, na medida de suas forças, cuidar da educação, tanto física, social e cultural como moral e religiosa da prole.”*

Entretanto, ainda nesse período a guarda dos filhos estava ligada ao interesse financeiro, sendo, então, instituída ao homem, o único que detinha um poder econômico na sociedade.

Referida situação só se reverteu de forma mais marcante com a Revolução Industrial, quando a figura materna ganhou grande relevo na sociedade, e, conseqüentemente, na questão da guarda dos filhos, desaparecendo a visão da criança como propriedade do pai.²⁵

SÍLVIO DE SALVO VENOSA²⁶ ensina que esse novo modelo de família não tinha mais como função relevante o papel econômico, e sim o aspecto espiritual. Ou seja, a família tornou-se a instituição na qual se desenvolvem os valores afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros.

Ainda, com a Revolução Industrial veio a urbanização, a qual alterou profundamente as relações e as estruturas familiares, visto que a família deixou de ser unidade de produção para ser uma unidade de consumo, o que diminuiu consideravelmente a convivência entre os seus membros que, então, trabalhavam longos períodos em indústrias.

²² Ibid., p. 14.

²³ PEREIRA, T. da S. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, R. da C. [coord.]. *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.641..

²⁴ GRISARD FILHO, op. cit., p. 30.

²⁵ SOTTOMAYOR, M. C. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 37.

Atualmente, com todas as mudanças de valores, a figura paterna começou a reassumir gradativamente uma responsabilidade diante do lar, almejando urgentemente que vigore uma interfungibilidade de papéis na família.²⁷

Tratando do poder familiar contemporâneo, SÍLVIO DE SALVO VENOSA²⁸ explica:

Na noção contemporânea, o conceito transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, a proteção dos menores os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade. O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo deve ser lastrada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento.

Neste sentido, no decorrer do tempo as crianças e os adolescentes passaram de objeto de direito a sujeitos de direito, o que alterou profundamente o poder familiar e, conseqüentemente, alterou a forma de ser exercida a guarda e sua natureza jurídica.

Para entendermos essa evolução, citamos DE PLÁCIDO E SILVA²⁹, o qual ensina que sujeito de direito é a pessoa física ou jurídica, que, sendo titular (proprietário) do direito, dele tem as vantagens e tira os benefícios atribuídos por lei. O objeto de direito, por outro lado, é a mera “coisa” sobre a qual recaí esse direito.

Percebe-se, então, a alteração do enfoque patrimonialista da guarda para um enfoque personalista desta, ao afirmarmos que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direito e não objetos.

Em razão das alterações culturais da sociedade e das alterações no Direito de Família, não se concebe mais analisar o poder familiar e a guarda como um “poder-dever” sob o enfoque patrimonialista, ou pior, como um efetivo direito de propriedade.

Assim sendo, a natureza jurídica ambivalente da guarda não pode representar uma visão do instituto jurídico como um “direito subjetivo” ou um “dever

²⁶ VENOSA, S. de S. *Direito Civil*. 5.ed São Paulo: Atlas S.A, 2003. v. 6: Direito de Família. p. 19/20.

²⁷ SOTTOMAYOR, op. cit., p. 40.

²⁸ VENOSA, op. cit., p.335.

²⁹ SILVA, op cit., p. 96.

jurídico” absolutos, já que tanto o referido direito como o referido dever serão exercidos com o fim de preservar os interesses das crianças e desenvolver sua personalidade.

Entendemos que com respectivo enfoque da natureza jurídica da guarda estaremos nos desvinculando do ponto de vista patrimonialista desta, o qual herdamos do Direito Romano e o qual não está em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Propomos, então, a compreensão da guarda com um direito e um dever, mas enfocados de forma personalista, ou seja, tendo a criança e o adolescente como sujeitos de direitos no centro da discussão, de forma que, reste preservado o interesse desses em cada caso concreto e respeitada a singularidade de cada ser humano.

2.3. O Limite Etário da Guarda

Nos tópicos acima fixamos o entendimento de que o exercício da guarda deve se pautar com o fim de desenvolver a personalidade e a dignidade humana da criança e do adolescente. Mas quem é essa criança e esse adolescente? Até que idade podemos considerar se tratar de uma criança ou de um adolescente sujeitos ao exercício da guarda?

No Brasil o modelo romano de família monogâmica, matrimonializada, patrimonializada, hierarquizada e patriarcal chega através da aplicação do Direito Português. Com a aplicação das legislações importadas de Portugal, o “pátrio poder” era perpétuo, até que o filho legítimo ou legitimado se tornasse independente do pai, não importando em qual idade tal fato ocorresse; exceto se fosse casado (Ord. Liv IV, Título 87:7)³⁰.

A maioria restou fixada aos 21 (vinte e um) anos apenas pela Lei de 22/09/1828, associada à Resolução de 31/10/1831, desvinculando o fim do poder familiar da situação de dependência dos filhos.³¹

³⁰ TEIXEIRA, op. cit., p. 19.

³¹ Ibid., p. 20.

Com o anterior Código Civil Brasileiro – CCB/1916, vigente até 10/01/2002, a maioridade também restou fixada aos 21 (vinte e um) anos, conforme previsão do art. 9º³² daquele *códex*.

Para GIOVANE SERRA AZUL GUIMARÃES³³ o exercício da guarda ocorre até o limite da idade em que cessa o poder familiar. O Autor expõe em sua obra datada do ano de 2000, que seria tal idade aos 21 (vinte e um) anos, com a maioridade.

Quanto ao limite etário, dispõe o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA:

Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Com base em referido dispositivo, GUIMARÃES justificava sua posição, vejamos:

..nos casos de deferimento da guarda com base no Estatuto, poder-se-ia pensar que a medida cessaria aos 18 anos de idade da pessoa que está sob sua égide. Contudo, a guarda, independentemente da origem, terá sempre como termo final, se não ocorrer a emancipação antes ou revogação, o dia em que o pupilo completar 21 anos de idade, data em que também cessa o pátrio poder em razão da idade.

O que o Estatuto estabelece é que não se poderá pleitear a guarda com base nele, se o jovem já tiver completado 18 anos de idade. Se a guarda foi deferida antes, não há qualquer motivo para que cesse antes dos 21 anos de idade. Aliás, o art. 40 do Estatuto deixa claro, ao tratar da adoção, que a guarda deferida antes do adotando completar 18 anos de idade, tem efeitos após esta idade.

O que afirma o autor, antes do atual Código Civil Brasileiro – CCB/2002, é que a interpretação da lei não poderia levar a absurdos, como deixar um jovem de

³² “Art. 9º - Aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.”

³³ GUIMARÃES, op. cit. p. 17.

18 (dezoito) anos de idade ser responsável em uma idade na qual ainda não possuía plena capacidade para os atos da vida civil (art. 9º do CCB/1916).

Entretanto, com o CCB/2002, em seu art. 5º, a menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos de idade, pelo que, em interpretação não cuidadosa chegaríamos à conclusão de que não haveria mais razão plausível para a guarda ter como limite uma idade superior.

Todavia, entendemos que esta não é a melhor solução.

Conforme já vimos, a guarda não está necessariamente atrelada ao poder familiar, razão pelo qual, ainda que ocorra a cessação desta aos 18 (dezoito) anos (art. 1638, III do CCB/2002), mantém-se aquela até os 21 (vinte e um) anos.

Isso porque a redução do limite etário para definição da capacidade civil aos 18 (dezoito) anos não altera o disposto no art. 2º do ECA que trata de lei especial, prevalecendo, portanto.

O que se deve observar neste particular é a aplicação do art. 2º, §2º da Lei de Introdução do Código Civil - LICC que dispõe que quando a matéria for tratada por norma de caráter geral e também por norma de caráter especial, aplicar-se-á a norma especial.

O Superior Tribunal de Justiça, na Jornada de Direito Civil de 11/09/2002 a 13/09/2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, analisou essa questão.

Nessa oportunidade proferiram o seguinte enunciado:

Art. 5º: a redução do limite etário para definição da capacidade civil aos 18 anos não altera o disposto no art. 16, inc. I, da Lei n. 8.213/91, que regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários e **outras situações similares de proteção, previstas em legislação especial.**

(destaque nosso)

Não há dúvida, portanto, que o limite máximo para a incidência do ECA é a idade de 21 (vinte e um) anos; tendo referida norma como fim criar um instrumento de proteção do próprio jovem-adulto e da sociedade.

E a jurisprudência não destoia:

HABEAS CORPUS – ECA – CESSAÇÃO COMPULSÓRIA DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA APLICADA – LIMITE DE 21 ANOS – PROMULGAÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL – REDUÇÃO DA MAIORIDADE CIVIL PARA 18 ANOS – INEXISTÊNCIA DE REVOGAÇÃO – **O art. 5º do Novo Código Civil, que reduziu para 18 anos a maioridade civil, não revogou os arts. 2º, parágrafo único, e 121, § 5º, da Lei nº 8.069/90, eis que o ECA é Lei Especial, a qual prevalece sobre a geral.** Dessa forma, o limite para a cessação compulsória de medida sócio-educativa aplicada ao menor infrator continua sendo a idade de 21 anos. - Precedente. - Ordem denegada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 31540 – Rio de Janeiro. 5ª Turma. Relator Min. Jorge Scartezini. Diário de Justiça da União 17.05.2004; p. 00254)

(destaque nosso)

Denota-se que o exercício da guarda se dará para a criança, sendo esta a pessoa de até 12 (doze) anos incompletos, para o adolescente, sendo este a pessoa entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade e ainda ao adulto até os 21 (vinte e um) anos de idade.

O limite etário também causa polêmica quanto aos reflexos da guarda. Exemplo dessa situação se trata da previsão do art. 33 do ECA, o qual prevê que a guarda passa a criança e o adolescente à condição de dependente para todos os fins de direito, inclusive previdenciário (art. 33, §3º).

O fim previdenciário, citado na norma, refere-se ao direito dos dependentes do segurado pela previdência receberem pensão por morte quando do falecimento do segurado guardião. Trata-se de um benefício que visa a assistência dos dependentes.

Quanto a estes aspectos previdenciários, a polêmica reside em dois pontos, primeiramente quanto à existência do próprio direito de ser considerado dependente para tal fim, e segundo, existindo o direito resta saber qual o limite etário para o exercício desse.

Quanto ao primeiro aspecto, por um lado o Decreto 2.171 de 05/03/1997 retirou a criança e o adolescente sob guarda judicial da proteção previdenciária estatal, e por outro, a Lei 9.528 de 10/12/1997 equiparou o enteado e a criança sob tutela a filho para efeitos previdenciários.

Para LUIZ EDSON FACHIN³⁴ tal exclusão é inconstitucional e atentatória ao ECA, além de desumana, pois infringe o art 226 da Constituição Federal - CF, segundo o qual a família tem especial proteção do Estado, e o art. 227, no qual está insculpido o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à saúde.

A jurisprudência sobre o assunto não destoa, vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. MENOR SOB GUARDA. PARÁGRAFO 2º, ART. 16 DA LEI 8.231/91. EQUIPARAÇÃO À FILHO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 9.528/97. ROL DE DEPENDÊNCIA. EXCLUSÃO. PROTEÇÃO AO MENOR. ART. 33, PARÁGRAFO 3º DA LEI 8.069/90. ECA. GUARDA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - A redação anterior do § 2º do artigo 16 da Lei 8.213/91 equiparava o menor sob guarda judicial ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social. No entanto, a Lei 9.528/97 modificou o referido dispositivo legal, excluindo do rol do artigo 16 e parágrafos esse tipo de dependente.

II - Todavia, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

III - Neste contexto, a Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - prevê, em seu artigo 33, § 3º, que: "a guarda confere à criança o adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário."

IV - **Desta forma, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Precedentes do STJ.**

V- Agravo interno desprovido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 684077- Rio de Janeiro. Relator Ministro Gilson Dipp. 5º Turma. Diário de Justiça 21/02/2005 p. 226. Revista do STJ, vol. 187, p. 423)

(destaque nosso)

PREVIDÊNCIA PRIVADA. CRIANÇA E ADOLESCENTE SOB GUARDA. ART. 33, §3º DO ECA. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - **As crianças e adolescentes sob guarda, nos expressos termos do art. 33, §3º do ECA são dependentes, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.**

2 - **Não se admite a derrogação deste dispositivo pela Lei nº 9.528/97 porquanto trata-se de diploma legal alterador da Lei nº 8.213/91, ou seja, do Regime Geral da Previdência Social cujo espectro de incidência não alcança situações particulares definidas em lei especial (lex generalis non derogat lex specialis). Mesmo porque o direito em questão tem fundamento constitucional (art. 227, §3º, II e VI).**

³⁴ FACHIN, L. E. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2003. p. 261.

3 - Afirmação pura e simples de contenção de despesas ou de fraude no procedimento de guarda não tem o condão de elidir o direito expresso no art. 33, § 3º do ECA.

4 - Recurso conhecido e provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 346157 – Santa Catarina. Relator Ministro Fernando Gonçalves. 6ª Turma. Diário de Justiça 22.04.2002 p. 26. JC, vol. 101, p. 620)

(destaque nosso)

Resta claro, então, o direito do dependente para fins previdenciários, ficando pendente apenas as dúvidas quanto ao limite etário para considerar resolvida a qualidade de beneficiário dos dependentes do segurado e guardião, seja ele vinculado ao sistema do INSS ou ao sistema Estatutário.

No que diz respeito ao Regime Geral de Previdência Social, no Decreto 3.048/99, os artigos 16 e 17 e incisos prevêm que é beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, o filho não emancipado, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Ou seja, quando fixou a qualidade de beneficiário, o legislador não utilizou a expressão “maioridade civil” e sim, a expressão “menor de vinte e um anos”.

Quanto ao Sistema Estatutário, a Lei 8.112/90 em seu Art. 217, "II", "a" / "e" não dispõe de forma distinta, vejamos:

Art. 217. São beneficiários das pensões:

(...)

II - temporária:

a) os filhos, ou enteados, até 21 (vinte e um) anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;

b) o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade;

c) o irmão órfão, até 21 (vinte e um) anos, e o inválido, enquanto durar a invalidez, que comprovem dependência econômica do servidor;

d) a pessoa designada que viva na dependência econômica do servidor, até 21 (vinte e um) anos, ou, se inválida, enquanto durar a invalidez

Art. 222. Acarreta perda da qualidade de beneficiário:

(...)

IV - a maioridade de filho, irmão órfão ou pessoa designada, aos 21 (vinte e um) anos de idade

(destaques nossos)

Assim sendo, concluímos que os benefícios previdenciários referentes aos dependentes de segurado, seja ele vinculado ao sistema do INSS ou ao sistema Estatutário, não se encerram com a maioridade civil, e sim aos 21 (vinte e um) anos, conforme expressa previsão legal, por se tratar de leis especiais que devem prevalecer sobre o Código Civil (norma geral).

Em caso do dependente ser universitário, a doutrina tem afirmado que devemos utilizar o mesmo raciocínio, ou seja, receberá pensão o dependente até os 21 (vinte e um) anos e não até os 24 (vinte e quatro) anos de idade³⁵, já que a determinação legal é expressa quanto ao limite etário para cessação do benefício.

A jurisprudência igualmente se manifesta:

PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – RESTABELECIMENTO – BENEFICIÁRIO MAIOR DE 21 ANOS – ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO – LEI 8.112/90 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – 1. Segundo a Lei nº 8.112/90, o benefício da pensão por morte é devido até o momento em que o beneficiário, na condição de filho, menor sob guarda ou tutela, irmão órfão ou menor designado, completa 21 anos de idade. 2. **Diante da previsão na Lei nº 8.112/90, a extensão do benefício além de 21 anos, até o implemento da idade de 24 anos, fere o princípio da legalidade.** Precedentes deste Tribunal. 3. A dependência econômica do autor é fato que, por si só, não justifica o restabelecimento da pensão por morte, uma vez que esta não é benefício assistencial, mas benefício previdenciário. 4. Apelação e remessa oficial providas. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AC 338507-PE 2002.83.00.018641-4. 2ª Turma. Rel. Des. Francisco Cavalcanti. Diário de Justiça da União 18.11.2004, p. 5950)

Neste ínterim, a redução do limite etário para definição da capacidade civil aos 18 (dezoito) anos não alterou o disposto no art. 2º, parágrafo único do ECA, nos termos do art. 2º, §2º da LICC, tendo a guarda o limite de 21 (vinte e um) anos, bem como terão esse limite “excedente” quaisquer outras situações similares de proteção previstas em legislação especial.

³⁵ A jurisprudência fixou o entendimento de que a obrigação de alimentos (benefício assistencial) devida pelos pais aos filhos cessa aos 24 (vinte e quatro) anos de idade quando este cursar

3. AS DISTINTAS MODALIDADES DA GUARDA E O SEU EXERCÍCIO E FIXAÇÃO SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E PERSONALISTA.

3.1. A Evolução da Família e da Legislação Brasileira após a Constituição de 1988.

Muitos fenômenos contribuíram para a alteração da estrutura da família no final do Século XX, tais como a quebra da ideologia patriarcal, a revolução feminista, a redivisão sexual do trabalho e o relevo das famílias monoparentais.³⁶

Como ensina ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA a família passou a ser igualitária, valorizando o afeto, a felicidade e a solidariedade social.³⁷

Essa é a concepção axiológica que prepondera na família contemporânea e que foi transferida para a ordem jurídica através da Constituição de 1988, onde a família é vista como a família-instrumento, sendo funcionalizada para promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, preocupando-se com a dignidade humana.³⁸

A CF, promulgada em 05/10/1998, causou uma revolução no Direito de Família e para tanto bastaram três dispositivos, quais sejam, o art. 5º, inc. I, o art. 226 e o art. 227 para fazer com que restassem revogados mais de cem dispositivos do CCB/1916 e de outras leis esparsas.³⁹

O art. 5º, inc. I dispõe sobre a igualdade entre homens e mulheres no que se refere aos seus direitos e obrigações, representando, desta forma, para o Direito de Família uma interfungibilidade dos papéis do pai e da mãe.

Ademais, a Carta Magna prevê a proteção à união estável (art. 226, §3º) e às famílias monoparentais (art. 226, §4º); a igualdade de direitos entre homem e mulher, no âmbito da conjugalidade (art. 226, §5º); a garantia da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal independentemente da culpa (art. 226, §6º); o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade humana e paternidade

universidade; contudo o mesmo raciocínio não se tem aplicado para fins previdenciários (benefício previdenciário).

³⁶ TEIXEIRA, op. cit., p. 27-31.

³⁷ Ibid., p. 28.

³⁸ Ibid., p. 29-32.

responsável (art. 226, §7º) e intervenção estatal na família para proteger seus integrantes e inibir a violência doméstica (art. 226, §8º).⁴⁰

Aos filhos, por sua vez, resta assegurado, não importando a sua origem, igualdade de tratamento social e jurídico, proibidas quaisquer discriminações, bem como convivência familiar saudável que lhes proporcione alimentação, saúde, educação, lazer, enfim, amor (art. 227, especialmente §§6º e 7º)⁴¹.

Sobre a filiação, explana ROSE MELO VENCELAU⁴²:

..o estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação una, igualitária, qualquer que seja sua origem. Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o do amor. Filho é tão somente filho. E esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de direito.

Salienta-se que o valor mais precioso erigido como fundamental pela CF foi a dignidade humana, a qual eleva o ser humano ao ápice do ordenamento jurídico (art. 1º, III).

Nesse contexto, a guarda se desvirtua, deixando de ser mero direito subjetivo a ser atribuído a um dos genitores na separação, em contrapartida ao direito de visita deferido ao cônjuge não-guardião, para ter, então, como função primordial a salvaguarda do melhor interesse da criança e do adolescente.⁴³

Enfatiza-se, ainda, a posição assumida pelo ECA que acolheu a teoria da proteção integral, se baseando na total proteção dos direitos dos seus destinatários através de orientação sempre voltada para o interesse da criança e do adolescente.

Estabelece a referida lei, em consonância com a Carta Magna, que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana como a liberdade e a dignidade.

³⁹ COMEL, op. cit., p. 39/40 .

⁴⁰ TEIXEIRA, op. cit., p. 34.

⁴¹ SOARES, S. B. B. Famílias monoparentais: aspectos polêmicos. In: TEPEDINO, G. [coord.]. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000. p. 550..

⁴² VENCELAU, R. M. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. São Paulo: Renovar, 2004. p. 45.

⁴³ TEPEDINO, op. cit, p.309.

A guarda é regulada no ECA em seus arts. 33 a 35, nos quais fica claro que o referido instituto visa a regularizar uma situação de acordo com o interesse da criança e do adolescente.

Segundo o Estatuto, a guarda concede ao seu titular o poder de se opor, no interesse da criança e do adolescente, contra terceiros, inclusive os pais (art. 33), deixando, então, consignado o fato da guarda poder ser exercida por terceiros, como veremos mais claramente adiante.

Como já explanado, é previsto que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional (art. 33), passando a criança e o adolescente à condição de dependente para todos os fins de direito, inclusive previdenciário (art. 33, §3º).

Ainda, quanto as previsões legais do ECA, admite esse que a guarda seja deferida liminar ou incidentalmente nos procedimentos de tutela e adoção, exceto nos casos de adoção por estrangeiro (art. 33, §1º). E sua concessão é admitida também fora dessas hipóteses, excepcionalmente para atender casos urgentes, situações peculiares ou para suprir eventual falta dos pais (art. 33, §2).

Inovação introduzida no Estatuto é quanto à possibilidade de se deferir ao guardião o direito de representação para a prática de atos determinados (art. 33, §2º). Anteriormente a representação competia exclusivamente aos pais, tutores ou curadores.

O direito de representação ocorre em face da incapacidade da pessoa para exercer pessoalmente os atos da vida civil, sendo, então, ao guardião atribuída a função de manifestar a vontade da criança e do adolescente, ou seja, a função de assisti-lo em certas manifestações de vontade.

Entretanto, esta representação não é plena e geral, mas tem em vista a prática de certos e determinados atos; daí por que deverá o Juiz especificar em sua decisão quais os atos que poderão ser praticados pelo guardião.⁴⁴

O art. 35, por sua vez, trata da mutabilidade da guarda em face de decisão do Poder Judiciário, considerando que sua concessão não faz coisa julgada.

DE PLÁCIDO E SILVA⁴⁵ conceitua coisa julgada da seguinte forma:

⁴⁴ CAHALI, Y. S. *Estatuto da criança e do adolescente comentado – comentários jurídicos e sociais*. Coordenadores: CURY, M.; SILVA, A. F. do A.; MENDEZ, E. G. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1992. p. 129.

⁴⁵ SILVA, op. cit., p. 452.

Entende-se como coisa julgada a sentença, que se tendo tornado irretratável, por não haver contra ela mais qualquer recurso, firmou o direito de um dos litigantes para não admitir sobre a dissidência anterior qualquer outra oposição por parte do contendor vencido, ou de outrem que se sub-rogue em suas pretensões improcedentes.

Revela, pois, o pressuposto da verdade firmada ou afirmada pelo decisório judicial, que se mostra irrevogável ou irretratável.

(...)

Nesta razão, a autoridade res judicata não admite, desde que já foi reconhecida a verdade, a justiça e a certeza a respeito da controvérsia, em virtude da sentença dada, que venha a mesma questão a ser ventilada, tentando destruir a soberania considerada irretratável, por ser passado em julgado.

Como ensina YUSSEF SAID CAHALI⁴⁶ a decisão a respeito da guarda não faz coisa julgada, pode ser revista a qualquer tempo desde que as circunstâncias de fato ou de direito tenham se modificado e que uma nova solução passe a atender melhor aos interesses da criança ou adolescente.

Desta forma, a guarda poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, na dependência do processo, nos termos do art. 807 do Código de Processo Civil - CPC, e mediante simples despacho nos autos.

Contudo, como destaca CAHALI⁴⁷ ainda que a guarda possa modificar tantas vezes quanto se fizerem necessárias em razão do interesse da criança, não podemos aconselhar, contudo, uma alteração freqüente.

Explica o autor:

... tal fato poderá comprometer a estabilidade emocional do mesmo, criando-lhe uma situação de insegurança pessoal.

Por esta razão, deferida originariamente a guarda do menor a uma determinada pessoa, somente motivos muito graves e ponderáveis, e com vistas sempre a melhoria da situação do menor, devem autorizar sua modificação posterior.

E a jurisprudência não destoa:

⁴⁶ CAHALI, op. cit., p. 131.

⁴⁷ Ibid., p. 132.

ECA – GUARDA DE MENOR – PEDIDO DE ALTERAÇÃO – Tendo em vista que a menina já está há algum tempo com o genitor e plenamente adaptada à família paterna que lhe proporciona boas condições de saúde e desenvolvimento, **não há como atender a pretensão materna de modificar a guarda provisória da menor**. Agravo improvido.
(BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AGI 70006857015 . 7ª Câmara Cível. Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis Julgamento em 17.12.2003)

(destaque nosso)

Segundo GIOVANE SERRA AZUL GUIMARÃES⁴⁸, a guarda estabelecida com base no Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta peculiaridades especiais apenas quanto a certos aspectos conjunturais e processuais, pois quanto ao instituto, já vinha sendo aplicado desta forma, seja na doutrina, seja na jurisprudência.

O referido Autor citando as peculiaridades do instituto da Guarda, afirma que:

..só pode ser ela tratada pelo Juízo da Infância e da Juventude nas situações definidas pelo artigo 98, do referido Diploma Legal, tendo em vista as situações peculiares que afetam as pessoas envolvidas, normalmente são necessárias decisões imediatas, sem muita formalidade, sob pena de não se afastar de pronto o risco a que a criança ou adolescente está sujeita, devendo decidir-se, contudo, sempre tendo em vista seus interesses e levando em consideração, quando possível, sua opinião, respeitando-se sempre os direitos dos pais.
Conforme estabelecido no art. 32 do ECA, ao assumir a guarda ou a tutela, o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo mediante termo nos autos, devendo ser observado o prazo previsto no art. 1.187 do CPC.⁴⁹

Logo, nos termos dos arts. 98 e 148 do ECA, será de competência da Justiça da Infância e da Juventude conhecer os pedidos de guarda sempre que as medidas de proteção à criança e ao adolescente previstas no Estatuto forem ameaçadas ou violadas por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta,

⁴⁸ GUIMARÃES, op. cit., p. 18.

⁴⁹ Id.

omissão ou abuso dos pais ou responsável e ainda em razão de alguma conduta escusa; caso contrário, será competente o Juizado de Família.

Quanto a este aspecto processual da competência, determina a jurisprudência:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – JUÍZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E JUÍZO DE FAMÍLIA – TUTELA – 1. A competência da Justiça da Infância e da Juventude é ditada pelo art. 148 do ECA, estendendo-se aos pedidos de guarda e tutela apenas quando se tratar de criança ou adolescente que se encontre nas hipóteses elencadas no art. 98 do ECA. 2. **Como regra, os pedidos de guarda e destituição de pátrio poder devem ser resolvidos no Juizado de Família; apenas excepcionalmente é que são resolvidos perante o juízo especializado da infância e juventude.** 3. Estando as crianças sob a guarda dos avós paternos, persistem os vínculos familiares, sem deslocamento do universo familiar, incorrendo, dessa forma, qualquer ameaça ou privação dos direitos reconhecidos no ECA. Conflito desacolhido.

(BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. CCO 70007558554. 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgamento 03.12.2003)

(destaque nosso)

Falta, ainda, examinar que o art. 34 do ECA preceitua que o poder público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

Trata-se das iniciativas governamentais para que os dispositivos acima citados sejam respeitados e devidamente aplicados.

Todavia, como observa GUILHERME GONÇALVES STHENDER⁵⁰ a eficácia normativa do art. 34 do ECA, principalmente, apesar de teoricamente bem lançada, é fraca, pois a boa utilização desse instituto fica a mercê da administração, sendo a iniciativa governamental quase nula.

Como examina CAHALI⁵¹, em realidade, o legislador, em referido dispositivo, comprometeu-se a estimular a guarda principalmente do “menor” órfão ou abandonado e a colocação do mesmo em família substituta.

Refere-se a uma modalidade simples e corriqueira ao lado da tutela e adoção, modalidades mais complexas e menos usais dessa colocação.

⁵⁰ STRENGER, op. cit., p.96.

A adoção é o ato jurídico solene, pelo qual uma pessoa adota como filho outra pessoa independentemente de existir ou não, entre elas, qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim.

A tutela, por sua vez, entende-se, vulgarmente, como a proteção ou a assistência instituída em benefício de alguém. É a instituição jurídica estabelecida, por lei, para a proteção dos “menores” órfãos ou sem pais que não possam, por si sós, dirigir sua vida e administrar os seus bens, razão pela qual lhes é nomeado um assistente ou representante legal, chamado, especificamente, de tutor.⁵²

Enfim, são modalidades mais complexas de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas e, portanto, mais difíceis de serem aplicadas para solução imediata dos problemas das crianças órfãs ou abandonadas.

Com o art. 34 do ECA surge a esperança de que a criança e o adolescente que caíram na orfandade ou foram relegados ao desamparo no ambiente doméstico encontrem na família substituta o carinho e amparo propícios para seu desenvolvimento, vencendo seus conflitos mais precoces.⁵³

Porém, ratifica-se, na prática a questão não é tão bem tratada e resolvida pelo Estado.

Salienta-se que o instituto da guarda é também regulado pelo CCB/2002, no qual as normas não sofrem modificações, conforme se depreende dos arts. 1583 a 1590 deste *codex*, conservando-se o espírito do sistema vigente com vistas à preservação do melhor interesse da criança e do adolescente.

Observe-se, finalmente, que o CCB/2002 e toda a legislação em geral devem ser lidos à luz dos princípios constitucionais, ou seja, devemos “constitucionalizar” o CCB/2002 e o ECA.

O Direito de Família contemporâneo não pode se afastar da legalidade constitucional, devendo obedecer às premissas fundamentais da Carta Magna, pois consistentes nos valores mais relevantes da ordem jurídica⁵⁴.

Urge que os velhos institutos jurídicos sejam lidos sob a perspectiva da dignidade humana e, no caso do Direito de Família sob à luz do princípio do melhor

⁵¹ CAHALI, op. cit., p. 129.

⁵² SILVA, op. cit., p. 94.

⁵³ CAHALI, op. cit., p. 131.

interesse da criança e do adolescente, sob pena de incorrermos em inconstitucionalidade.

Neste contexto, vimos que a família atualmente defendida pela Constituição é a família-instrumento, a qual independentemente do “modelo” adotado deverá ser funcionalizada para promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Contudo, apesar da disposição constitucional, sua aplicação na realidade, infelizmente, é bem distinta.

O fato é que a família atualmente está desestruturada e sem alicerces. A queda da família patriarcal não fez surgir um único paradigma, mas vários modelos de família, nos quais seus integrantes, ainda, não encontraram seus papéis e funções.

Atualmente temos inúmeros modelos familiares, a família formada por ambos os pais e filhos, a família monoparental, a família meramente afetiva, as famílias reconstituídas, as famílias homo-afetivas, dentre muitos outros modelos.

Apesar da excelente disposição constitucional a tutelar e reconhecer os diversos modelos familiares (art. 226 e 227 da CF), a família encontra-se desamparada.

As mães solteiras, ainda, encontram-se submetidas a uma cultura social preconceituosa; os padrastos e madrastas estão descolados em um ambiente familiar aonde não possuem funções; as crianças são mantidas com terceiros, os quais a sociedade resiste em reconhecer como pais afetivos e, deste modo, vão surgindo os inúmeros problemas da aplicação do dispositivo constitucional na diversidade social.

Esses fatos advêm dos resquícios moralistas do paradigma da família patriarcal, ao mesmo tempo em que, não surgiu um novo paradigma efetivamente aceito pela sociedade.

Por essa razão, as pessoas estão “perdidas”, “confusas” e “sem valores”.

Neste espaço, os mais prejudicados são as crianças e os adolescentes já que não possuem, também, nessa “nova família”, uma função relevante.

⁵⁴ FARIAS, C. C. de. *Redesenhando os contornos da dissolução do casamento*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.111..

Isso ocorre porque na família desestruturada, como não existem papéis delimitados sequer para os adultos, não há muito espaço para colaboração do desenvolvimento da criança e do adolescente.

Se as necessidades materiais da criança e do adolescente são atendidas, a formação de sua personalidade e valores ficam para um segundo plano, sem falar no relapso de amor, carinho e atenção tão imprescindíveis a formação do ser humano.

Denota-se que a guarda, instituto tão importante para a formação da pessoa, acabou por se tornar um Instituto que perdeu seu fim principal, já que o guardião não sabe como exercê-lo e a sociedade e o Estado não sabem como fixá-lo ou controlá-lo.

Em outras palavras, não temos mais apenas um único modelo familiar, há uma enorme diversidade social, mas a família continua a ser o lugar onde se desenvolve a pessoa, apesar deste fato estar sendo esquecido.

É por todos esses motivos que propomos em nosso trabalho analisar os inúmeros modelos familiares decorrentes dessa diversidade social a fim de averiguar como deve ser exercida e fixada a guarda segundo o melhor interesse da criança e do adolescente.

Ressaltamos que o problema não é da estrutura legal, já que a lei traz subsídios suficientes para a proteção da criança e do adolescente. Contudo, as disposições constitucionais não estão sendo observadas no dia a dia familiar com a devida cautela, e muitas vezes, não estão sendo observadas pela sociedade e pelo Estado.

É essa leitura que propomos nos tópicos seguintes.

3.2. A Guarda Originária e Derivada

Como visto, a partir da CF, aos filhos restou assegurado, não importando a sua origem, igualdade de tratamento social e jurídico, proibidas quaisquer discriminações (art. 227, especialmente §6º).

O art. 1596 do CCB/1916 também dispõe sobre a igualdade entre direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas aos filhos havidos ou não no casamento, ou por adoção.

Enfim, não há mais razões (a menos que sejam meramente didáticas) para distinguirmos a guarda legítima (filhos provenientes do casamento), da natural (filhos provenientes de parentesco sanguíneo, mas cujos pais não são casados) da adotiva (filhos provenientes do regime de adoção)⁵⁵.

Entretanto, para esta pesquisa, creio que poderemos distinguir a guarda em originária e derivada, como ensina WALDYR GRISARD FILHO⁵⁶.

A guarda originária seria aquela que corresponde aos pais, integrada ao poder familiar, com um direito-dever de plena convivência com a criança ou adolescente e vice e versa (artigo 1634 do CCB).

A guarda derivada surge da lei, dos arts. 1583 e seguintes do CCB/2002, e corresponde a quem exerça a tutela da criança ou do adolescente, seja um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, conforme art. 30 do ECA.

Na guarda testamentária é nomeado um guardião, pelos pais ou pelos avós, através de testamento, nos termos do art. 1729 do CCB/2002, o qual dispõe que o direito de nomear tutor compete aos pais em conjunto, cuja nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.

A guarda legítima é deferida em razão de previsão legal para seu exercício, conforme o art. 1731 do CCB/2002, no qual está previsto que em falta de tutor nomeado pelos pais, incumbe a tutela aos parentes consanguíneos da criança.

A guarda dativa, por sua vez, tem origem em uma decisão judicial, a qual deverá considerar o melhor interesse da criança e do adolescente.

A guarda dativa encontra fundamento no art. 1.732 do mesmo *códex*, o qual prevê que o juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio da criança, na falta de tutor testamentário ou legítimo e, quando estes forem excluídos ou escusados da tutela por não idôneos.

No decorrer do estudo analisaremos os critérios de exercício e fixação da guarda originária e daquela que decorre de decisão judicial, conforme o melhor interesse da criança e do adolescente.

⁵⁵ STRENGER, op. cit., p.33/40.

⁵⁶ GRISARD FILHO, op. cit., p. 71.

3.3. A Guarda de Fato

Como preceitua WALDYR GRISARD FILHO⁵⁷ além da guarda originária e derivada existe, ainda, a guarda de fato, a qual se estabelece por decisão própria de uma ou mais pessoas que tomam a criança a seu cargo, sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais ou tutores) ou judicial.

Não tem a referida pessoa nenhum direito de autoridade sobre a criança ou o adolescente, mas possui todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada do poder familiar⁵⁸.

TÂNIA DA SILVA PEREIRA⁵⁹ afirma que a posse do estado de filho (guarda de fato) representa um conjunto de comportamentos e atitudes que refletem uma relação de afeto com uma pessoa. Assim, para que se caracterize essa posse é necessário que se dirijam à criança ou ao adolescente os mesmos cuidados, carinho e a mesma formação que dariam se pais biológicos fossem.

Portanto, a guarda de fato é aquela que não decorre nem do poder familiar atribuído aos pais, nem de decisão judicial, mas sim, de uma situação de fato onde é perceptível uma postura do guardião em assumir a criança ou o adolescente como se filho fosse.

O guardião de fato satisfaz todas as necessidades da criança e do adolescente, sejam materiais, sejam imateriais, existindo entre eles uma relação de afeto.

O guardião e a criança ou o adolescente formam, então, uma família afetiva.

Conclamando a valorização das relações socioafetivas não matrimoniais, LUIZ EDSON FACHIN⁶⁰ esclarece que a verdade socioafetiva não é menos importante que a verdade biológica, razão pela qual a posse do estado de filho oferece os necessários parâmetros para o reconhecimento da filiação.

Ou seja, a verdade sociológica da filiação se constrói não apenas na descendência, nos laços de sangue, mas sim no comportamento de quem expende

⁵⁷ Ibid., p. 38.

⁵⁸ Ibid., p. 71.

⁵⁹ PEREIRA, op. cit., p.650.

⁶⁰ FACHIN, op. cit., p. 23.

cuidados com a criança, seja em público, seja na intimidade do lar, definindo a base da paternidade.⁶¹

Sobre o tema, disserta LUIZ EDSON FACHIN⁶²:

O reconhecimento da filiação socioafetiva se impõe a partir do desenvolvimento da mesma engenharia genética que tornou inegável a verdade biológica. Se, de um lado, a ciência permite a certeza sobre os laços de sangue, ela permite, sob outro aspecto, que tais laços sejam postos à margem diante de uma realidade socioafetiva.

(...)

A filiação se constitui, portanto, em sua essência, do afeto que une pais e filhos, haja ou não vínculo biológico entre eles.

(...)

O instituto que se está a tratar, para sua caracterização, exige que estejam presentes no caso concreto certas qualidades que oferecem segurança na afirmação da posse de estado. Há que se existir notoriedade do estado de filho, ou seja, a posse de estado deve ser objetivamente visível no ambiente social. Outra qualidade necessária é a continuidade, ou seja, deve apresentar-se uma certa duração que revele estabilidade. Por derradeiro, esses fatos notórios e contínuos não devem gerar equívocos acerca da filiação.

O “reconhecimento do estado de fato” se apresenta, atualmente, como elemento identificador das relações familiares, o qual se sobrepõe aos modelos tradicionais.⁶³

PERLINGIERI⁶⁴ observa que referidos agrupamentos têm merecimento de tutela da família, visto que essa não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em comunhão espiritual e de vida.

Referidos entendimentos estão em consonância com a CF, pois, como visto, essa assegura aos filhos, não importando a sua origem, igualdade de tratamento social e jurídico (art. 227, especialmente §§6º e 7º).

Portanto, não importa se a origem do filho é afetiva, deve este ter o mesmo tratamento social e jurídico como se filho biológico fosse.

⁶¹ Ibid., p. 20.

⁶² Ibid., p. 20-26.

⁶³ PEREIRA, op. cit., p.651.

⁶⁴ PERLINGIERI, P. *Perfil do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Tradução de: CICCIO, M. C. Rio de Janeiro/São Paulo: 2002. p. 244.

Desta forma, a sociedade e o Estado (neste lembre-se dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) não podem mais negar o velho ditado de que *“pai é quem cria”*.

Ocorre que, apesar de antigo o brocado, a sociedade ainda tem muitos preconceitos e juízos morais que não reconhecem a filiação afetiva proveniente justamente do exercício de uma guarda de fato.

Não se trata de um problema de lacuna da lei, pois se ratifique que as disposições constitucionais para o reconhecimento são evidentes.

Neste contexto, também dispõe o ECA, ao afirmar em seu art. 33 que a guarda concede ao seu titular o poder de se opor, no interesse da criança e do adolescente, contra terceiros, inclusive os pais; deixando claro, portanto, que, por vezes, o exercício da guarda estará frente a terceiros.

No § 1º do art. 33 do ECA há previsão expressa sobre o tema, vejamos:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

Por conseguinte, existindo a guarda de fato ou a posse do estado de filho é imperativo que seja reconhecido social e judicialmente o vínculo quanto à filiação em si, ou então, ao menos seja reconhecido o direito à guarda (art. 33, parágrafo único do ECA), conforme o caso e observado o interesse da criança e do adolescente.

Não se pode mais conceber um tratamento preconceituoso e retrógrado ao negar referido vínculo, ainda que, se tratem, por exemplo, de avós biológicos que exercem a guarda de fato.

Se os avós ou qualquer terceiro possuem comportamentos e atitudes que ensejam ao reconhecimento da posse do estado de filho é imprescindível o reconhecimento da filiação ou do direito a guarda, conforme o caso e observado o interesse da criança e do adolescente.

Caso contrário, teremos uma família desestruturada sem papéis definidos em que a criança ou o adolescente cresce com a sensação de ser “renegado” pelos seus pais biológicos, ensejando referido sentimento em instabilidade emocional e psicológica.

É preciso que nos novos modelos de família, o guardião reconheça a sua verdadeira função e referido reconhecimento seja também aceito pela sociedade e pelo Estado em prol do “menor”.

Apenas com esse reconhecimento, a criança e o adolescente poderão desenvolver sua personalidade sem resquícios de amargura por não estarem sendo criados pelos seus pais biológicos, e, caso não superado referido sentimento, ao menos será diminuído.

A jurisprudência se manifesta sobre o assunto de forma similar:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA POSTULADO PELA AVÓ PATERNA E PELOS GENITORES. **GUARDA DE FATO EXERCIDA PELA ASCENDENTE**. POSSIBILIDADE. Estando o infante sob os cuidados da avó paterna desde o nascimento, é de ser conferida a esta a respectiva guarda. **Revela-se desaconselhável a manutenção do descompasso entre a guarda jurídica e a fática, constituindo um direito da criança a regularização dessa situação, haja vista os efeitos advindos do instituto da guarda**. Apelo provido. (BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70012927620. 7ª Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 09/11/2005)

(destaques nossos)

Evidente que em respeito ao princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, o referido vínculo (guarda de fato) só poderá ser desfeito por decisão judicial (artigo 34 do ECA), pois, conforme já observamos, a alteração da guarda pode comprometer a estabilidade emocional do “menor”, criando-lhe uma situação de insegurança pessoal, devendo, portanto, ocorrer somente frente a motivos muito graves e ponderáveis.⁶⁵

3.4. A Guarda Comum

A guarda comum advém da guarda originária; sendo aquela que corresponde aos pais na constância da convivência destes e sob o manto do poder familiar.⁶⁶

Na vigência do CCB/1916 preservava-se a hierarquia doméstica através do art. 233 que previa que o marido era o chefe da sociedade conjugal, exercendo a mulher mera função de colaboradora no interesse comum do casal e dos filhos.

Deste modo, quanto ao exercício da guarda comum prevalecia a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência (art. 380, parágrafo único do CCB/1916).

Entretanto, a partir da CF, evidência - se que, enquanto os pais vivem juntos, a guarda de seus filhos é por esses exercida em igualdade de condições, conforme previsão do artigo 226, §5º da Carta Magna.

Contudo, a família, a sociedade e o Estado, ainda, não aplicam referido dispositivo de forma íntegra sem juízos preconceituosos e moralistas, restando, então, uma desigualdade imanente.

A “igualdade” quando discutida no meio acadêmico passa quase que despercebida, como se pacífica fosse, como se não necessitassem mais discussões neste sentido.

Entretanto, seja na própria família, seja nos Tribunais, o preconceito se faz presente derrubando a igualdade de fato, deixando-a apenas no papel e na retórica.

É preciso lembrar a importância do tema, principalmente para o exercício da guarda. É notório que a criança e o adolescente necessitam de pais e mães igualmente presentes de forma que exista, portanto, uma verdadeira e efetiva interfuncionalidade de papéis.

Quase sempre sobram à mãe todas as funções inerentes aos filhos, o que não será positivo nem para a mulher que atualmente se empenha em sua realização profissional, nem para as crianças que crescem com pais ausentes e desligados de suas reais necessidades.

⁶⁵ CAHALI, op. cit., p. 132.

⁶⁶ GRISARD FILHO, op. cit., p. 71.

Devemos lembrar também que, com a Constituição Federal, não importa se a guarda é legítima, natural ou adotiva, ambas terão o mesmo tratamento jurídico. Portanto, seja durante o casamento ou durante a união estável, competem a ambos os pais o poder familiar e a guarda comum dos filhos.

Enfim, a igualdade deve ser aplicada sem juízos moralistas tanto para os pais, quanto para os filhos.

Na guarda comum, aos pais e em razão do poder familiar existem inúmeras obrigações legais quanto à pessoa dos filhos menores, quais sejam: **I** - dirigir-lhes a criação e educação; **II** - tê-los em sua companhia e guarda; **III** - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; **IV** - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; **V** - representá-los, até os dezesesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; **VI** - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e **VII** - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (art. 1634 do CCB).

No exercício do poder familiar e conseqüentemente no exercício da guarda comum, em caso de divergência dos pais, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (art. 1631, parágrafo único do CCB).

Nesse contexto, os pais devem exercer o poder familiar como um instrumento de garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, bem como uma forma de resguardar seu melhor interesse, tendo em vista que o referido “poder” deve ser voltado exclusivamente para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho.⁶⁷

Enfim, em caso de divergência dos pais são os interesses da criança e não dos adultos que devem ser considerados, seja pelos próprios pais, seja pelo Juiz, caso o litígio chegue ao Poder Judiciário.

Como expõe ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA⁶⁸ para análise do exercício do poder familiar:

⁶⁷ TEIXEIRA, op. cit., p. 85.

⁶⁸ Id.

...o mais importante é que sua análise tenha como norte os valores existenciais que constituem o substrato axiológico dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Juntamente com a diretriz personalista que perpassa o Direito Civil, cujo viés é a nova noção de dignidade ora adotada, construiu-se o norte hermenêutico que orientará o estudo do instituto...

Adotamos o entendimento da autora, no sentido de que a guarda deve ser exercida considerando os direitos fundamentais da criança e do adolescente e sob um enfoque personalista.

Segundo essa vertente personalista, a pessoa - no caso, a criança e o adolescente - deve ser considerada como elemento principal da relação jurídica. E como a pessoa não se realiza sozinha é imperativa sua inserção em seu meio social e, por conseguinte, familiar.

Essa inserção no seio familiar se dá através do exercício do poder familiar e, no nosso entender, através da guarda mais especificadamente, pois apenas com esta e a convivência gerada por ela pode ser possível um exercício mais efetivo daquele “poder”.

A guarda representa a convivência efetiva dos pais com o filho sob o mesmo teto, assistindo-o material, moral e psiquicamente, representando o feixe mais dinâmico de deveres e prerrogativas dos pais em relação a seus filhos.⁶⁹

Considerando o viés personalista, a guarda antes preponderantemente exercida de forma hierárquica e patriarcal, deve transmutar-se para uma perspectiva dialogal, ou seja, perspassar pela compreensão mútua e pelo diálogo, pois a criança e o adolescente também se tornaram sujeitos ativos no âmbito da própria educação.

Como sujeitos de direito, a criança e o adolescente são detentores de dignidade que deve ser preservada e promovida através do exercício da guarda.

A dignidade deve ser protegida de forma individualizada, mas também na interação com o outro, pois é na coexistência e na solidariedade que uma pessoa se realiza sob a perspectiva mais sublime.

Dignidade, em regra, entende-se como a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida. A concepção da dignidade humana é tida como princípio diretor, indicando a idéia de que quaisquer

⁶⁹ GRISARD FILHO, op. cit., p. 59.

dimensões do atuar humano devem implicar em respeito, consideração e estímulo à integração social pela só condição de ser humano.⁷⁰

Como ensina ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA parte-se da premissa que ninguém nasce “pronto”, a pessoa constrói, no decorrer da vida, a sua identidade e personalidade.⁷¹

Concluí-se, portanto, que a dignidade tem um aspecto dialógico, que se constrói a partir da reciprocidade. E é sobre esse aspecto que se constrói a dignidade no âmbito familiar, como uma construção dual, perspassada pelo respeito mútuo.⁷²

Portanto, mesmo que os pais tenham muito a ensinar a seus filhos e a contribuir com a formação da personalidade e dignidade destes, acabaram, conseqüentemente, aprendendo muito também com a sua prole.

Também por essa razão é necessário que se aplique na *realidade* a igualdade entres pais e mães, pois a reciprocidade é positiva para os adultos e crianças, formando pessoas.

HELOÍSA SYMANSK citada por TEIXEIRA⁷³ ensina que a família pode ser vista como:

..um núcleo em torno do qual as pessoas se unem por razões afetivas, dentro de um projeto de vida em comum em que compartilham um cotidiano e, no decorrer das trocas intersubjetivas, transmitem tradições, planejam seu futuro, acolhem-se, atendem aos idosos, formam crianças e adolescente [...] As trocas afetivas na família imprimem marcas que as pessoas carregam a vida toda, definindo direções no modo de ser com os outros afetivamente, e no modo de agir com as pessoas. Esse ser com os outros, apreendidos com pessoas significativas, prolonga-se por muitos anos e freqüentemente projeta-se nas famílias que se formam posteriormente.

Em síntese, ao exercer a guarda, os pais promovem o desenvolvimento da personalidade e dignidade de seus filhos, ao passo que esses também se desenvolverão como pessoas.

⁷⁰ SILVA, op. cit., p. 72.

⁷¹ TEIXEIRA, op. cit., p. 71.

⁷² Ibid., p. 74.

⁷³ Ibid., p. 694.

Para o exercício dessa guarda comum, aos pais caberá uma série de deveres legais, como o de assistir, criar e educar os filhos, deveres esses, que se ratifica, devem ser lidos e interpretados sob uma ótica constitucional e personalista.

O dever de criar e assistir estão diretamente ligados ao suprimento das necessidades biopsíquicas da criança e do adolescente, referem-se à obrigação de garantir o bem-estar físico e psicológico desses.⁷⁴

No dever de educar está implícita a obrigação de promover no filho o desenvolvimento pleno de todos os aspectos de sua personalidade, de modo a prepará-lo para o exercício da cidadania e qualificá-lo para o trabalho, mediante a educação formal e informal.⁷⁵

Informalmente, a educação acontecerá mediante atuação direta e permanente dos pais na vida do filho, na convivência diária que se mantém, enquanto, formalmente, a educação consiste na escolarização que se realiza em estabelecimento oficial de ensino.⁷⁶

Quanto a respectivos deveres é imprescindível destacarmos que a educação deve ser moldada às condições pessoais de cada filho, pois, trata-se do direito à diferença.

O poder familiar e o respectivo exercício da guarda devem ser instrumentos que propiciem a autonomia da criança ou do adolescente, para que ele tenha condições de fazer suas próprias escolhas e exercer as próprias possibilidades, enfim, para que se torne um cidadão.⁷⁷

Obviamente que essa “autonomia” deve ser lida com restrições ao passo que não pode ser confundida com “ausência de ordens”, tendo em vista que ao “menor” não será dado escolher todos os seus caminhos e satisfeitas todas as suas vontades, já que não possui o necessário discernimento para tanto.

Salientamos também que esses deveres originados do poder familiar e exercitados através do instituto da guarda comum e convivência devem ser exercidos com a participação ativa do filho, sendo esse, sempre que possível, ouvido.⁷⁸

⁷⁴ Ibid., p. 133-160.

⁷⁵ Id.

⁷⁶ COMEL, op. cit., p.102

⁷⁷ TEIXEIRA, op. cit., p. 138.

⁷⁸ Ibid., p. 139.

Por óbvio, a opinião do “menor” deverá ser considerada com a devida cautela, conforme sua idade e seu grau de maturidade, segundo pautas assentadas pela Convenção dos Direitos da Criança.

Neste contexto, o art. 15 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 assegura à criança capaz de discernir e a formular a própria opinião, o direito de expressá-la livremente, no que tange a assuntos que lhe são relacionados.

O nosso CCB/2002 nada prevê quanto à oitiva dos filhos, havendo tal referência de forma genérica no art. 16, II do ECA.

ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA⁷⁹ afirma que *“suprimir a subjetividade do menor é agir na contramão da função precípua do poder familiar, que é a construção da sua dignidade, além de ser instrumento propiciador de autonomia”*.

Ainda quanto aos deveres inerentes ao exercício da guarda, os pais podem exigir dos filhos que lhes prestem obediência e respeito em verdadeira relação de autoridade conquistada com experiências, maturidade e discernimento.

Com relação a essa autoridade, observamos que é tolerada jurídica e socialmente a imposição do filho à disciplina necessária, inclusive, limitando seus atos e corrigindo estes através de castigos com finalidades educacionais, desde que seja respeitada a dignidade humana e a integridade psicofísica do filho.⁸⁰

Nesse íterim, concordamos com ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA⁸¹, no sentido de que, atualmente, os pais, ao invés de ocuparem seu lugar de autoridade, vivem inseguros, com receio de traumatizarem seus filhos e inibirem sua criatividade.

Justifica-se referido comportamento em razão da ausência dos pais que trabalham em extensas jornadas de trabalho, pelo que compensam essa ausência com a permissividade.

TEIXEIRA⁸² analisa, ainda, que é através dos limites que a criança desenvolve a percepção de que alguém se importa e se preocupa com ela, o que é preciso ser lembrado quando do exercício da guarda.

⁷⁹ Ibid., p. 74.

⁸⁰ Ibid., p. 149.

⁸¹ Id.

⁸² Ibid., p. 153.

Ademais, os pais podem exigir dos filhos que estes executem serviços próprios de sua idade e condição, conforme expressa previsão legal (art. 1634 do CCB/2002), desde que se trate de situações de colaboração com os afazeres domésticos e também com fins educativos.⁸³

Considerando o exercício da guarda voltado para o desenvolvimento da personalidade da criança, evidenciamos que está o Estado autorizado a entrar no recesso da família, a fim de defender os “menores” que aí vivem, fiscalizando a atuação dos pais, com o propósito de evitar abusos (art. 226, §8º da CF).⁸⁴

A intervenção, cada vez maior, do Estado, ocorre nestas relações familiares, o que se deve tanto a um anseio interno como externo da família.

O anseio externo se refere ao fato de que adotado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a proteção dos direitos dos “menores”. Trata-se de uma função social.

Conseqüentemente com a vigência do ECA e com o reforço da idéia de proteção integral, ocorreu uma inegável publicização das relações familiares.⁸⁵

A família sendo funcionalizada para promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros é que vai possibilitar, ao Estado, uma maior ingerência nos núcleos familiares, especialmente, para a proteção dos membros mais vulneráveis, como é o caso da criança e do adolescente.⁸⁶

Todos os atributos do poder familiar, e conseqüentemente do exercício da guarda, estão sujeitos ao controle do Estado, seja administrativo ou judicial, em razão de importar, sobretudo, a proteção integral das crianças e adolescentes.

Anteriormente, vigorava a idéia, de que os pais seriam ou deveriam ser os mais interessados no bem estar dos filhos, atualmente, exige-se uma vigilância estatal.⁸⁷

A família enquanto espaço meramente privado é resultado do ideário burguês.⁸⁸

⁸³ Ibid., p. 145.

⁸⁴ GRISARD FILHO, op. cit., p. 71

⁸⁵ SILVA, M. A. *Do pátrio poder à autoridade parental. Repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. São Paulo: Renovar, 2002. p. 138.

⁸⁶ Ibid., p. 134.

⁸⁷ COMEL, op. cit., p.90/91.

⁸⁸ SILVA, op. cit., p. 131.

Ocorre que, a família moderna, genericamente chamada de burguesa, fechou as portas da residência, consagrando-a como espaço distinto do público, viu-se imponente para resolver os conflitos internos, e com frequência, seus membros buscaram socorro na esfera pública.⁸⁹

Esta impotência gerou um anseio de controle estatal que nasceu do interior da família.

Por conseguinte, havendo políticas públicas, estas devem se dirigir não somente ao atendimento de crianças e adolescentes abandonados, mas a todas as crianças, necessariamente, ao poder familiar e ao exercício da guarda.

É através de políticas públicas que a tutela da criança e do adolescente sairá do plano da lei para o plano da realidade, não podendo referidos atos serem restringidos apenas as crianças desassistidas, pois, existem muitas crianças amparadas pela guarda comum e que, na verdade, encontram-se “desamparadas”.

Neste sentido, ainda há muito que se fazer para efetivar um controle estatal que garanta às crianças seus direitos, lembrando que é através da formação dessas que se construirá nossa sociedade.

A jurisprudência entendeu o seguinte sobre este controle:

Menor sob guarda de terceiros – Reclamação da mãe – Não atendimento – **Submissão do pátrio poder ao controle da autoridade pública. Não basta, para reclamar menores, quando sob a guarda de terceiros, a condição de pai, mãe, tutor ou encarregado de sua guarda** A lei exige, ainda, no interesse deles, que às prerrogativas do pátrio poder concorram outros pressupostos, cuja verificação é simples ‘quastio cafti’. **A submissão desse poder ao controle da autoridade pública constitui um dos traços mais coloridos da socialização do Direito.** Não deve ser restituído à mãe o menor por ela abandonado, cuja educação seria prejudicada com a sua volta.
(BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 11.601. Revista Forense, v. 143, p. 172)

Ratifique-se que se justifica a intervenção do Estado na comunidade familiar, em geral, frente à necessidade de que seja respeitado o valor da pessoa na vida interna da comunidade familiar, no caso de nosso estudo, que seja respeitada, portanto, a criança e o adolescente.

⁸⁹ Ibid., p. 134.

A partir do novo ordenamento constitucional, a criança e o adolescente comparecem como sujeitos de direito. O princípio da proteção integral da criança e do adolescente tem consequência, assim, primeiramente, na tutela que o Estado está obrigado a prestar-lhes, independentemente, de estarem as crianças sob o abrigo da família ou abandonadas.⁹⁰

Desta forma, ainda que tenham os pais, como visto, um “direito subjetivo” em relação à guarda e ainda que sejam pessoas a serem respeitadas no âmbito familiar, prevalecerá sempre o melhor interesse dos filhos.

Encontramos, então, uma das razões para não conceituarmos a guarda como um “direito subjetivo” sob o enfoque patrimonialista, como se fosse, portanto, um direito absoluto.

Nesse contexto, entendemos que a guarda deve ser lida sob um enfoque personalista, preservando, principalmente, a pessoa da criança e do adolescente.

Portanto, o que explica essa intervenção estatal é a delineada função serviente da família, função esta de expressão constitucional, visto que a nossa Carta Magna prevê que “a família é a base da sociedade” (art. 226) e que cabe a ela, juntamente com a comunidade e o Estado, assegurar à criança e ao adolescente o exercício de direitos fundamentais (art. 227).

Enfim, considerando a possibilidade de intervenção estatal no seio da família, relembramos que a guarda, nos termos do artigo 35 do ECA, poderá ser revogada a qualquer tempo. Logo, mesmo quando se tratar de guarda comum integrada ao poder familiar dos pais, poderá haver esta alteração, desde que, obviamente, a referida modificação ocorra frente a fatos graves e no interesse da criança e do adolescente de terem preservados seus direitos fundamentais.

3.5. A Cisão da Guarda Comum

Quando os pais vivem juntos e harmoniosamente com a prole, ambos exercem a guarda de seus filhos, mas, quando da ruptura do relacionamento, a questão torna-se ainda mais polêmica.

Não se trata mais de analisar apenas como se exerce a guarda, mas principalmente, como se fixará esta.

⁹⁰ Ibid. p. 138.

Na República, o Decreto 181 de 24/01/1890, pela primeira vez no Brasil previu que o poder familiar deixou de ser prerrogativa masculina, considerando que a referida legislação concedia à viúva o direito de exercer o poder familiar se não convolasse novas núpcias.⁹¹

Referido Decreto também foi a primeira norma editada no Brasil que dispôs sobre o destino dos filhos de pais que não convivem juntos⁹², estabelecendo que “*a sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.*”

Quanto à dissolução conjugal, o CCB/1916 distinguia a dissolução da sociedade de forma amigável da judicial, entendendo que na primeira ficaria estabelecido, quanto à guarda, o que os cônjuges acordassem (art. 325); e quanto à segunda hipótese era prevista, de forma distinta, caso houvesse culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura.

O filho ficaria, então, no caso de culpa de um dos cônjuges, com aquele que fosse inocente. Se ambos fossem culpados, ficaria a mãe com as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos e nos demais casos os filhos ficariam com o pai (art. 326 do CCB/1916).

Por fim, havendo motivos graves, poderia a guarda ser fixada através de decisão judicial, de maneira diversa da prevista.

O Decreto-Lei 3.200 de 19/04/1941 previa em seu art. 16 que o filho natural, enquanto menor, ficaria sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder do pai, salvo se tal solução prejudicasse a criança.

A Lei 4.121, de 27/08/1962, alterou o disposto no CCB/1916, dispondo que o filho ficaria, no caso de culpa de ambos os cônjuges pela ruptura da sociedade conjugal, com a mãe, independentemente da idade e sexo da criança ou adolescente; podendo ainda, havendo motivos graves, ser a guarda fixada através de decisão judicial de maneira diversa da prevista.

Pela Lei 5.582, de 16/06/1970, restou alterado o Decreto-Lei 3.200/1941, prevendo que o filho natural reconhecido por ambos os genitores ficaria sob o poder

⁹¹ Ibid., p. 20.

⁹² GRISARD FILHO, op. cit., p. 48.

da mãe, salvo se de tal solução adviesse prejuízo à criança ou ao adolescente. Havendo motivos graves, poderia o juiz, a qualquer tempo e caso, decidir de outro modo, no interesse do “menor”.

Esse quadro permaneceu até o advento da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio) que, ao instituir o divórcio no Brasil, revogou as disposições atinentes à guarda do Código Civil.

Quando da dissolução conjugal de forma amigável ou judicial, em caso de culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura, a previsão permaneceu a mesma, apenas com textos legais distintos e mais específicos.

Entretanto, inovou a Lei ao determinar que o filho permanecesse em poder do cônjuge em cuja companhia esteve durante o tempo de ruptura da vida em comum (art. 11). Denota-se de referido dispositivo a intenção do legislador em preservar a situação familiar já estabelecida anteriormente pelo casal.⁹³

A respectiva Lei faz previsão também para o caso de separação por grave doença mental de um dos cônjuges manifestada após o casamento, onde os filhos ficariam, então, com o cônjuge que estivesse em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação (art. 12).

A Lei do Divórcio trouxe ainda grande responsabilidade para o juiz através do art. 13, prevendo que se houvesse motivos graves, poderia este, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular a guarda de maneira diferente da estabelecida na legislação.

Outro aspecto importante tratado pela Lei do Divórcio é a previsão expressa do art. 15, quanto ao direito de visitas, companhia e de fiscalização da manutenção e educação dos filhos pelo cônjuge não guardião; direito este antes omitido pelo CCB/1916.

Enfim, as legislações anteriores à Constituição Federal faziam diversas previsões de como fixar a guarda em caso de dissolução da união dos pais, como se fosse possível abstratamente prever o que seria *sempre* – em todos os casos - o melhor para criança e para o adolescente.

As legislações previam que, apenas havendo motivos graves, a guarda poderia ser fixada de maneira diversa da prevista - daquela eleita pelo legislador -

⁹³ COMEL, op. cit., p.38

em total afronta aos princípios expostos na nossa Carta Magna, principalmente o da dignidade humana.

Como já visto, com a CF a questão da guarda passou a ser analisada de outra forma, deixando de ser um direito de um dos cônjuges eleito pelo legislador, para ter, então, como função primordial, a salvaguarda do melhor interesse da criança e do adolescente.

A guarda tem de ser fixada à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pelo que, também quanto a essa fixação, entendemos que deve ser feita uma leitura do instituto sob o enfoque personalista e constitucionalista.

Como exemplo desta leitura, salientamos que deve ser considerada como inconstitucional a discussão sobre a culpa do rompimento da sociedade conjugal a fim de atribuir a guarda ao cônjuge inocente.⁹⁴

Isso porque, primeiramente, como analisa TEPEDINO⁹⁵, é impossível a identificação objetiva do culpado pelo insucesso do casamento, e segundo, porque a referida atribuição da guarda, conforme a investigação da culpa, pode não estar em consonância com o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente.

Neste particular, merece relevo a previsão do art. 1584 do CCB/2002, onde sabiamente o legislador não apresentou nenhum rol de previsões abstratas para fixar a guarda e vinculou respectiva fixação ao interesse do “menor”, vejamos:

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Quanto ao assunto, WALDYR GRISARD FILHO observa que é crescente o número de rupturas – hoje aceitas com mais naturalidade pela sociedade – o que

⁹⁴ FARIAS, op. cit., p. 220.

⁹⁵ TEPEDINO, op. cit., p. 309.

enseja um número cada vez maior de conflitos em relação à guarda de filhos de pais que não convivem mais, fossem casados ou não.⁹⁶

Para o autor, sendo escassa as regras legais a respeito, cumpre à Doutrina e à Jurisprudência estabelecer as soluções que privilegiem a manutenção dos laços que vinculam os pais a seus filhos, eliminando a dissimetria dos papéis parentais, conforme previsão do art. 226, 5º da CF.

Ressaltamos, quanto à posição do autor, que entendemos que a escassez da legislação é uma favorável no caso da fixação da guarda, pois não há como apresentarmos um rol abstrato - como feito pelas legislações anteriores à Constituição - de possibilidades para respectiva fixação.

Um texto legal jamais pode apreender o fenômeno familiar na sua infinita variedade e imensa complexidade.⁹⁷

Nesses casos, entendemos que não há como poupar o trabalho do Juiz que deverá ser um verdadeiro investigador da situação da criança para poder sentenciar, de maneira a contribuir com o melhor desenvolvimento da personalidade e dignidade do “menor” quando da fixação da guarda em caso de cisão dessa.

Nestes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – BUSCA E APREENSÃO – LIMINAR – EXPLORAÇÃO DE MENORES – MENDICÂNCIA – NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA – Nas ações onde se discute guarda de menores com fundamento no ECA, **o Juiz poderá adotar aquele procedimento que achar cabível, determinando o cumprimento das diligências que entender necessárias em busca da verdade real e da proteção dos direitos da criança.** Recurso a que se nega provimento.

(BRASIL. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AG 000.254.328-8/00. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Kildare Carvalho. J. 08.05.2003)

(destaque nosso)

O fato é que a ruptura afeta diretamente a vida da criança e do adolescente, e não há como negar que se trata a decisão do Juiz de relevante importância, não podendo ser proferida de maneira abstrata, sem análise profunda do caso concreto.

⁹⁶ GRISARD FILHO, op. cit., p. 104.

⁹⁷ SOTTOMAYOR, op. cit., p. 25.

Nesse ínterim, em caso de dissolução do casamento ou da união estável, a guarda poderá ser fixada de dois modos – através de acordo dos pais ou em caso de litígio mediante decisão judicial fundamentada.

Em ambos os casos a criança e o adolescente poderão, então, ser confiados a qualquer dos pais, e ainda, a guarda poderá ser de uma terceira pessoa.

No que se refere a fixação da guarda por acordo dos pais, entendemos que esse fica adstrito à análise do Juiz, se o pacto está ou não em consonância com o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, podendo, então, o Magistrado, inclusive, não homologar eventual acordo dos pais que não esteja em parâmetro com referido princípio, fundamentando sua decisão.

SOTTOMAYOR⁹⁸ esclarece, contudo, que a prática judiciária confirma os acordos por falta de tempo e de meios para proceder uma investigação que permita um controle efetivo. Enfim, o acordo, acaba sendo visto como um bem em si, concentrando os Magistrados os seus esforços nos casos litigiosos.

A autora afirma que sob o ponto de vista dos princípios jurídicos não há nenhuma presunção segundo a qual o acordo dos pais seja sempre conforme os interesses da criança. Até porque, no difícil e conturbado momento de separação, os pais, muitas vezes agem motivados por interesses pessoais e econômicos, não se encontrando, infelizmente, em condições emocionais de agirem conforme os interesses de seus filhos.⁹⁹

Ressalte-se que estamos tratando de um tema que influenciará na formação de pessoas, no desenvolvimento de sua personalidade e valores, não podendo, portanto, ser homologado o acordo como se tratasse de um simples “papel” Estamos falando de vida e não de meras cláusulas de um contrato.

Quanto aos casos em que se faz presente o litígio entre os pais também deve haver uma análise profunda do caso concreto sem qualquer aplicação de normas abstratas.

Trata-se de um poder discricionário do Juiz¹⁰⁰, o qual deverá se pautar segundo o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

⁹⁸ Ibid., p. 19.

⁹⁹ Id.

¹⁰⁰ Ibid., p. 26.

O interesse da criança e do adolescente é tema que aprofundaremos nos capítulos seguintes, mas desde já, adiantamos que se trata de um conceito indeterminado e que deve ser concretizado pelo Juiz de acordo com as orientações legais e condições específicas do caso.

Existem, contudo, alguns critérios segundo os quais podemos nos pautar para indicarmos o que é o melhor interesse do “menor”.

Ponderamos que referidos critérios não devem ser considerados como um rol de previsões abstratas a serem sempre observadas quando da fixação da guarda, pois não nos é possível criar regras para servir a todo e qualquer fenômeno familiar na sua infinita variedade e imensa complexidade.

Trata-se de critérios, entretanto, que ora adotamos por entendermos que normalmente satisfazem a indicação do interesse da criança.

Os critérios utilizados pela jurisprudência são inúmeros, pelo que citamos SOTTOMAYOR¹⁰¹, a qual faz uma síntese do tema:

Da análise da jurisprudência resultam uma série de sub-critérios ou factores que servem de fundamento à determinação do interesse do menor. Estes factores são tantos e tão variados como as situações de facto que surgem perante o tribunal, mas apesar de sua heterogeneidade é possível enumerá-los. Podemos dividi-los em factores relativos à criança e factores relativos aos pais. Os primeiros englobariam as necessidades físicas, religiosas, intelectuais e materiais da criança, a sua idade sexo e grau de desenvolvimento físico e psíquico, a continuidade das relações da criança, a adaptação da criança ao ambiente extra-familiar de origem (escola, comunidade, amigos, actividades não escolares), assim como os efeitos de uma eventual mudança de residência causadas por uma ruptura com este ambiente, o seu comportamento social e a preferência por ela manifestada. Os segundos abrangem a capacidade dos pais para satisfazer as necessidades dos filhos, o tempo disponível para cuidar destes, a saúde física e mental dos pais, o sexo destes (a preferência maternal ou o princípio da atribuição da guarda ao progenitor que tem o mesmo sexo da criança), a continuidade da relação de cada um dos pais com a criança, o afecto que cada um dos pais sente pela criança, o seu estilo de vida e comportamento moral, a sua religião, a sua situação financeira, a sua ocupação profissional, a estabilidade do ambiente que cada um pode facultar aos filhos, a vontade que cada um deles manifesta de manter e de incentivar a relação dos filhos com o outro progenitor.

¹⁰¹ Ibid., p. 36.

Entendemos, contudo, que uma série desses fatores tem de ser analisada e considerada com a devida cautela, como no caso do critério da religião dos pais e as condições financeiras destes, e ainda, a preferência maternal ou o princípio da atribuição da guarda ao progenitor que tem o mesmo sexo da criança. Isso porque esses critérios, normalmente, não são relevantes e não coadunam com o interesse das crianças.

Ademais, normalmente esses critérios estão ligados a juízos preconceituosos e moralistas que em nada contribuirão para a formação da pessoa.

O que se pretende demonstrar, com referida citação, é que para a determinação do interesse em estudo, poderão ser considerados uma multiplicidade de critérios. Contudo, o critério escolhido tem que estar em consonância com os direitos fundamentais da criança e não com os valores moralistas do intérprete.

Em todo caso, a atribuição da guarda será menos difícil e incerta quando um dos pais for claramente incapaz de receber esta, como, por exemplo, quando um dos pais põe em perigo a vida, a saúde física ou mental dos filhos ou quando não tem uma relação afetiva positiva com estes devido à ausência de interesse.¹⁰²

Contudo, em não sendo esse o caso, SOTTOMAYOR¹⁰³ indica como critério que lhe parece mais correto e conforme o interesse da criança e do adolescente que esses sejam confiados à pessoa que cuida deles no dia a dia, o chamado *Primary Caretaker*, ou figura primária de referência.

Este é o primeiro critério que adotaremos.

A criança deveria, segundo a Autora, ser confiada ao progenitor que promove seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, que tem mais disponibilidade para satisfazer as suas necessidades e que tem uma relação afetiva mais profunda.

Neste ínterim, a preferência maternal remonta ao período pós Revolução Industrial, quando a figura materna ganhou grande relevo na sociedade, e, conseqüentemente, na questão da guarda dos filhos em face do laço emocional mais forte.¹⁰⁴

¹⁰² Ibid., p. 27.

¹⁰³ Ibid., p. 46.

¹⁰⁴ Ibid., p. 37.

Nos EUA, a partir dos anos 70, a preferência maternal foi criticada pelo movimento feminista; contudo, ainda nos dias atuais, é esmagadora a jurisprudência confiando o filho à mãe ao invés do pai.

Para SOTTOMAYOR, abolir a preferência maternal seria avançar além do desenvolvimento da própria sociedade, onde essa continua a ser a figura primária de referência.¹⁰⁵

Efetivamente, na maioria dos casos, a guarda e a proteção das crianças continuam sendo atribuições específicas da mulher, que executa o trabalho no âmbito doméstico sem nenhuma remuneração.¹⁰⁶

Isso ocorre em razão de ainda se fazer presente um preconceito que desequilibra e desigual os papéis do homem e da mulher na união e na criação das crianças.

O Princípio VI da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 adere a preferência maternal ao afirmar que *“a criança de tenra idade não deve, salvo em circunstâncias excepcionais, ser separada da mãe”*.

Nesse particular, entendemos que deve prevalecer sim o *Primary Caretaker*, mas não de forma a presumir que essa figura primária seria à mãe. É preciso analisar o caso concreto, inclusive, ao se aplicar o critério da figura primária de referência se poderemos ensejar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Atualmente, prevalece a interfuncionalidade dos papéis na família, pelo que, *“a arte de cuidar verdadeiramente de um filho não tem sexo”*¹⁰⁷, devendo o Juiz, no caso de fixação da guarda, investigar quem de fato desempenha as tarefas de cuidado e de proteção dos filhos.

Essa investigação deve ocorrer também quando do acordo dos pais, os quais em sua maioria são feitos destinando os filhos aos cuidados da mãe que nem sempre é a figura primária de referência da criança.

A observação exata desse critério permite promover, em regra, a continuidade do ambiente e da relação afetiva principal da criança e está também de acordo com a preferência desta.

¹⁰⁵ Ibid., p. 38.

¹⁰⁶ LEITE, E. de O. *Famílias monoparentais, a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 42.

¹⁰⁷ SOTTOMAYOR, op. cit., p. 40.

Referida análise é aferível através da oitiva das partes, da criança e de pessoas que convivam com a família; não sendo, normalmente, algo que necessite de prova muito complexa.

Entretanto, prevalecendo no casal a interfungibilidade dos papéis, ou seja, num ambiente em que também o pai assumiu plenamente a paternidade, a análise de referido critério da figura primária de referência será mais complexa.

O processo é, então, mais complicado, exigindo uma avaliação da relação emocional por um profissional especialista em psicologia e, ainda, uma pesquisa social por um assistente social, a fim de aferir quem efetivamente exerce o papel do *Primary Caretaker*; ou então, deverão ser utilizados outros critérios para a fixação da guarda.¹⁰⁸

Esses outros critérios podem também ser perceptíveis através dessa avaliação da relação emocional por um profissional especialista em psicologia e pelo relatório social.

Logo, quanto mais complexa a causa, maior deve ser o uso da interdisciplinariedade para a resolução do litígio. Isso porque sociólogos, psiquiatras, assistentes sociais, psicólogos, pediatras e juristas confrontam pontos de vistas distintos e que podem ser considerados para a superação da crise na família.¹⁰⁹

Desta forma, em caso de não ser aferível o melhor interesse da criança conforme o critério da figura primária de referência, poderá o Juiz se pautar pelos relatórios realizados por profissionais da área social ou de saúde.

A pesquisa social e a avaliação psicológica possuem como fim obter o maior número possível de informações sobre a situação material, moral e psicológica, sobre as condições em que vive e são educados os filhos e sobre as medidas que se impõe para preservar o interesse desses.¹¹⁰

Destaque-se que, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, os assistentes sociais e psicólogos foram chamados a compor a equipe interprofissional destinada a assessorar os juízes nas ações pertinentes aquele juizado, vejamos:

¹⁰⁸ Ibid., p. 48.

¹⁰⁹ LEITE, *Famílias monoparentais...*, p. 185.

¹¹⁰ Ibid., p. 204.

Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

Art. 151. Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver **trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros**, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, **assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.**

(...)

Art. 167. A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória, bem como, no caso de adoção, sobre o estágio de convivência.

Art. 168. Apresentado o relatório social ou o laudo pericial, e ouvida, sempre que possível, a criança ou o adolescente, dar-se-á vista dos autos ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, decidindo a autoridade judiciária em igual prazo.

(destaque nosso)

Esses laudos ou explicações verbais em audiências devem esclarecer ao Juiz a situação da criança ou do adolescente sob o ponto de vista técnico, fornecendo-lhe elementos para apreciação sem alcançarem poder vinculativo da decisão.¹¹¹

Contudo, acreditamos que deva o julgador atentar para esses relatórios que são normalmente relevantes para compreensão do que seja o melhor interesse da criança, neste sentido:

BUSCA E A REENSÃO DE MENOR – **MENOR SOB A GUARDA DOS AVÓS** – PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR – Apelação Cível. Cautelar de busca e apreensão de menor. **O SIMPLES FATO DE SER MÃE NÃO DÁ DIREITO DE ESTAR COM O FILHO**, se a criança, hoje com cinco anos de idade, desde que nasceu se encontra em companhia da avó paterna. **Se o estudo social indica que O MELHOR PARA A CRIANÇA É PERMANECER COM QUEM SEMPRE VIVEU, deve o julgador atentar ao decidir para o que melhor atenda aos interesses da criança** Desprovemento do recurso.

(BRASIL. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 1.300/98. Reg. 131098. Cód. 98.001.01300. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Joaquim Alves de Brito. J. 02.06.1998)

¹¹¹ Id.

Enfim, para evitar qualquer tendenciosidade, melhor é o Juiz recorrer à “equipe profissional” que lhe dê toda a segurança na determinação do interesse da criança.¹¹²

Essa pesquisa interdisciplinar seria, então, o segundo critério que expomos como ideal para a fixação da guarda da criança e do adolescente, em caso de dissolução da união de seus pais e de ser de difícil aferição a indicação da figura primária.

Por fim, em caso extremo, entendemos que, caso nenhum dos dois critérios seja suficiente para compreender o que seria o melhor interesse da criança e do adolescente, resta ao Juiz uma medida final de convencimento, representada pela aferição dos sentimentos expressos pelas crianças, o que será feito através das escutas das mesmas.¹¹³

A oitiva da criança encontra respaldo legal no ECA, vejamos:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.

(...)

Art. 168. Apresentado o relatório social ou o laudo pericial, e **ouvida, sempre que possível, a criança ou o adolescente**, dar-se-á vista dos autos ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, decidindo a autoridade judiciária em igual prazo.

(destaque nosso)

Nesse contexto, imprescindível salientar que a opinião do “menor” não pode ser considerada de forma absoluta, não devendo essa opinião ser considerada de forma isolada e sim se deve somar as demais provas, principalmente aos relatórios psicossociais, posto que a criança nem sempre detém o devido discernimento sobre

¹¹² Ibid., p. 205.

¹¹³ Id.

a importância da guarda em toda sua vida e desenvolvimento, enquanto os laudos são realizados por profissionais competentes e experientes nessas situações.

Quanto a este tema, citamos os ensinamentos WALDYR GRISARD FILHO¹¹⁴ :

...não é raro que os pais no Juízo de separação procurem seduzir a vontade dos filhos menores, para que estes manifestem sua preferência para estar sob sua guarda exclusiva. Daí a necessidade de ser tomada devidamente em conta a opinião do menor, conforme sua idade e seu grau de maturidade, segundo pautas assentadas pela Convenção dos Direitos da Criança.

(...)

Tratando-se de menor de tenra idade, tal atitude (a oitiva) seria de relativa importância.

(destaque nosso)

Enfatize-se, ainda, que relativamente a essa oitiva há quem entenda que é um recurso culpabilizante e traumatizante. Entendem referidos autores que a criança e o adolescente estão envolvidos nessa ruptura, na qual se sentem confusamente responsáveis e sempre vítimas, logo, suas escolhas ou suas manifestações sobre a conduta dos pais, vulnerabilizaria, ainda mais, a sua frágil posição no processo.¹¹⁵

Outros doutrinadores se manifestam favoráveis à participação da criança e do adolescente na decisão que lhes diz respeito direta ou indiretamente.

Nós entendemos ser favorável à oitiva do “menor”, devendo, contudo, esta ser conduzida de forma a não traumatizar a criança ou o adolescente. Ou seja, não será interessante trazer aos filhos a oportunidade de escolher a quem será confiado, mas sim, de informar ao Juiz como é o seu ambiente social, moral e afetivo.

Enfim, entendemos que cabe ao Magistrado saber conduzir a oitiva e as perguntas à criança ou ao adolescente de forma a não transferir para esses a decisão sobre a fixação da guarda.

¹¹⁴ GRISARD FILHO, op. cit., p. 67.

¹¹⁵ LEITE, *Famílias monoparentais...*, p. 206.

Em razão da evolução do Direito de Família e da precoce maturidade dos filhos, entendemos que não há nenhum impedimento para que seja ouvida a criança ou o adolescente no momento da ruptura da dissolução.¹¹⁶

Nesse contexto, atentamos que o artigo 15 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 assegura à criança capaz de discernir e formular a própria opinião o direito de expressá-la livremente, no que tange a assuntos que lhe são relacionados.

Enfim, esses são os três critérios que adotamos como forma de tentativa de indicar o que seria o melhor interesse da criança e do adolescente, a fim de fixar a guarda em caso de dissolução da união dos pais.

Por conseguinte, determinada juridicamente a guarda a um dos pais prevalece a esse desempenhar praticamente todas as funções e deveres inerentes ao poder familiar, em virtude da convivência estabelecida.¹¹⁷

Será o guardião, o maior responsável pela formação dessa criança, pelo desenvolvimento de sua personalidade e valores, inclusive, de forma a tentar minorar os sentimentos negativos que ensejam a dissolução da união.

Mas a guarda, dessa maneira atribuída, não implica, de qualquer forma, exercício absoluto e ilimitado de poder, já que o outro pai não é excluído da vida do filho, senão também conserva deveres e direitos relativamente à função.¹¹⁸

O pai ou a mãe não guardião ou não convivente, além de manter inalterada a titularidade do poder familiar, ainda conserva algumas faculdades e obrigações de extrema importância.¹¹⁹

Dentre elas relembramos: o dever de sustento do filho, a prerrogativa de autorizar a prática de atos em que se exige a participação de ambos os pais (adoção, emancipação, autorização para o casamento, para viajar para o exterior e nomeação de tutor). Ainda, o direito de visita, de ter os filhos em sua companhia, bem como de fiscalizar sua manutenção e educação.¹²⁰

O dever de alimentos trata do caráter patrimonial da desunião, compreendendo a satisfação das necessidades básicas da criança, como,

¹¹⁶ Ibid., p. 207.

¹¹⁷ COMEL, op. cit., p. 249.

¹¹⁸ Id.

¹¹⁹ Ibid., p. 255.

¹²⁰ Id.

alimentação, vestimenta, habitação, instrução e educação, medicamentos e saúde, higiene e lazer, na medida dos recursos e possibilidades do não guardião. Está caracterizado através do pagamento de pensão alimentícia.¹²¹

O direito de visita se funda em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares, a subsistência real, efetiva e eficaz.¹²²

Substituí, conseqüentemente, o convívio diário entre os filhos e o pai não guardião.¹²³

Antigamente, o direito de visita tinha um sentido estrito, segundo o qual a visita consistiria apenas na possibilidade de ver a criança na residência desta, atualmente é entendido no sentido amplo de ter os filhos em sua companhia e na faculdade, inclusive, de alojar os filhos durante alguns dias em sua casa.¹²⁴

Analise-se, ainda, quanto ao direito de visita, que se trata de um “direito-dever” que não pode ser decretado em condições que sacrifiquem o interesse da criança.¹²⁵

Ou seja, a decisão judicial não deveria obrigar um filho, que tem sentimentos de repulsa por um dos pais, a conviver com o mesmo, considerando a criança ou o adolescente como um objeto que se transfere coercitivamente das mãos de um dos pais para as de outro.¹²⁶

O direito de visita não é um direito absoluto, podendo ser limitado e excluído, conforme os interesses da criança e do adolescente e considerando a sua vontade, dependendo de sua idade e capacidade de discernimento.¹²⁷

O direito de fiscalização, por sua vez, confere ao pai não guardião o direito de fiscalizar a educação e a manutenção do filho sob a guarda do outro, de permanente vigilância a respeito das condições da guarda.¹²⁸

Concede ao pai não convivente o direito de se opor às decisões tomadas pelo progenitor que exerce a guarda, se preciso, através de recurso ao Poder Judiciário.¹²⁹

¹²¹ GRISARD FILHO, op. cit., p. 97.

¹²² Ibid., p. 94.

¹²³ SOTTOMAYOR, op. cit., p. 63.

¹²⁴ Ibid., p. 64.

¹²⁵ Ibid., p. 66.

¹²⁶ Ibid., p. 67.

¹²⁷ Ibid., p. 68.

Lamentavelmente, nas sentenças sobre a guarda não se trata a respeito desse importante direito-dever, notificando-se o genitor não guardião dessa atribuição que a lei lhe confere (art. 15 da Lei de Divórcio).

Por outro lado, apesar da aparente amplitude desses direitos-deveres, na realidade, o pai não guardião fica limitado em seu exercício do poder familiar e conseqüentemente fica reduzido seu contato com o filho, o que é prejudicial a todos os envolvidos na situação.

Neste contexto, examinamos que tem sido considerada com crescente atenção a necessidade de participação do progenitor não guardião na vida dos seus filhos e um alargamento dos direitos daquele em relação à pessoa destes.¹³⁰

Ressalte-se, ainda, que deverá ser garantido o convívio com os ascendentes e irmãos e desses com a criança ou com o adolescente; convívio este necessário ao desenvolvimento da personalidade do “menor” ainda que na dissolução da união de seus pais.

No mais, o exercício da guarda com a devida observância do melhor interesse da criança dependerá da maturidade dos pais em não transformar o filho em um “joguete” fruto de seus próprios rancores.

Analizados os casos de dissolução da união onde a guarda é fixada através de acordo dos pais, ou em caso de litígio mediante decisão judicial fundamentada, falta observar que pode ocorrer também a mera separação fática do casal.

Na separação fática, que ocorre independentemente do controle judicial entendemos que se aplicam os mesmos princípios no caso de “guarda de fato” acima expostos.

Ou seja, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, referido vínculo (guarda de fato) só poderá ser desfeito por decisão judicial (art. 34 do ECA).

Enfim, também quando da fixação da guarda, considerando a diversidade social, ou seja, a dissolução do casamento, a união estável, o concubinato ou a mera separação fática, devemos elidir a presunção de que a guarda deve ser sempre materna, pois na ocorrência de conflitos entre os interesses da criança e do

¹²⁸ GRISARD FILHO, op. cit., p. 96.

¹²⁹ SOTTOMAYOR, op. cit., p. 98.

¹³⁰ Ibid., p. 97.

adolescente e outras pessoas e instituições, os interesses das crianças devem se sobrepor.

Conseqüentemente, aplicando o princípio do melhor interesse, certos elementos devem ser observados no caso concreto para a fixação da guarda em consonância com o que seja efetivamente mais conveniente para a criança e o adolescente, bem como, para que sejam observados os direitos fundamentais desses como pessoas.

3.6. As Famílias Reconstituídas

Como visto, quando os pais dissolvem a união deve-se verificar não apenas como se exerce a guarda, mas principalmente, como se fixará esta.

Ocorre que, em face da dissolução surge mais um fato que reflete no exercício da guarda e no exercício do direito de visita, qual seja, o fato do pai ou a mãe contraírem novas núpcias, ou simplesmente se unirem a um novo companheiro.

Trata-se da nominada família reconstituída¹³¹ que é “a estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros tem filho ou filhos de um vínculo anterior”.¹³²

Este fato faz nascer uma estrutura familiar complexa que o esquema estrutural da família nuclear não permite explicar adequadamente, pois os sujeitos neste modelo de família experimentam enormes dificuldades com relação ao tempo, ao espaço e a autoridade que lhes correspondem.¹³³

Surgem, então, novas regras que precisam ajustar-se às anteriores para a construção de uma identidade própria do novo grupo familiar, o qual resulta de uma fusão de duas ou mais famílias com características e modos de relação diferentes.¹³⁴

Se a vida familiar em si já é complexa, a fusão de duas famílias pode gerar situações ainda mais curiosas.

¹³¹ WALDYR GRISARD FILHO denomina este tipo de agrupamento familiar de famílias reconstituídas em razão da palavra “constituir” trazer a noção de que esta família será a base de uma nova família por ocorrência da sua dissolução, enquanto o prefixo “re” ratifica a idéia de mudança de estado, o que, evidentemente não é o mesmo que estabelecer outra vez a situação prévia, uma vez que novos membros a ela se integram. (GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental* In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.657/673)

¹³² TEIXEIRA, op. cit., p. 119.

¹³³ GRISARD FILHO, *Famílias reconstituídas...*, p.659.

Como preceitua ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA¹³⁵ é certo que com referida relação há o estabelecimento de um conjunto de regras próprias de convivência para aquela nova família, principalmente no que se refere à continuidade da criação e educação dos filhos, logo, principalmente no que refere ao exercício da guarda ou ao exercício do direito de visita do cônjuge não guardião.

Em razão deste fato, o tema tem preocupado os especialistas das ciências psicossociais e especialmente no que diz respeito às relações interpessoais dos integrantes da nova família, mas escassamente tem sido tratado pelo Direito.¹³⁶

Ressalte-se que o tema é relevante, principalmente em decorrência de que se estima que o número de crianças vivendo em famílias reconstituídas é superior aos que se criam em famílias de primeiras uniões.¹³⁷

O nosso CCB/2002, também de maneira esparsa trata do tema, pelo que, analisemos referidas previsões, iniciando pelo art. 1595:

Art. 1595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

Referido dispositivo trata do parentesco por afinidade, do qual se constituem as relações que se estabelecem entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro.

O parentesco é segundo PONTES DE MIRANDA¹³⁸ “a relação que vincula pessoas”. O parentesco por afinidade coexiste no sistema nacional com o consangüíneo e o adotivo, formando três classes de parentesco conhecidas.

O parentesco consangüíneo se funda na igualdade de sangue, ou seja, vincula pessoas que descendem uma das outras. O parentesco por adoção se

¹³⁴ Id.

¹³⁵ TEIXEIRA, op. cit, p. 120.

¹³⁶ GRISARD FILHO, *Famílias reconstituídas...*, p. 660.

¹³⁷ Id.

¹³⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. São Paulo: Bookseller, 2001. v.:1.p. 23.

estabelece por sentença judicial, atribuindo a uma criança ou adolescente (adotados) a condição de filho de outrem (adotandos).

O parentesco que nos interessa no caso das famílias reconstituídas é o parentesco por afinidade, o qual ratificamos que se constitui das relações que se estabelecem entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro.

Neste contexto, as denominações “padraastro”, “madrasta” e “enteado” se substituem respectivamente por “pai afim”, “mãe afim” e “filho afim”, dado o vínculo da afinidade.

Referidas redesignações são importantes, pois além de eliminarem os estigmas e a carga de negatividade das antigas denominações, ainda facilitam as qualificações destes sujeitos no âmbito familiar, na tentativa de indicar seus papéis e funções, esses ainda não bem definidos pela sociedade e pelo Direito.¹³⁹

WALDYR GRISARD FILHO¹⁴⁰ afirma sobre o tema:

.. na família primária, cada personagem tem uma denominação própria e um lugar definido ao cumprimento das funções específicas; pai, mãe, avós, tios, primos. Nas famílias reconstituídas, porém, tais sujeitos duplicam-se, dois pais, duas mães, novos avós, tios e primos, aumentando a dificuldade de entendimento de novas relações, que se tornam maiores quando inexistem nomes de batismo para eles...

Assim sendo, referidas redesignações aos pais e filhos afins são relevantes, pois uma denominação própria indica que referida pessoa tem um lugar definido ao cumprimento de funções específicas no âmbito familiar.

Obviamente, não basta apenas uma nova designação, mas também uma nova postura sobre o tema em si que seja resultado de uma reforma de valores na sociedade, a qual ainda vê com estigma “padrastos” e “madrastas”.

No caso dos pais afins, respectiva designação pondera a existência do “parentesco por afinidade”, ou seja, o fato de ser reconhecida a relação deste “vínculo entre as pessoas”.

Reconhecido este vínculo, resta assinalado uma função relevante dos pais afins que convivem com os filhos do outro - cônjuge guardião - qual seja, a

¹³⁹ GRISARD FILHO, *Famílias reconstituídas...*, p. 661.

possibilidade de cooperar com o desenvolvimento da vida destas crianças e adolescentes, os filhos afins.

Então, ora questionamos: deve haver essa interferência dos pais afins no exercício da guarda e em caso positivo em que limites?

O art. 1588 do CCB dispõe que *“o pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.”*

Deste dispositivo denota-se que os pais afins não impedem o exercício da guarda de seu respectivo companheiro. Ou seja, aceita o legislador que o guardião assuma um novo vínculo amoroso.

Por outro lado, o legislador, apesar de assumir a possibilidade de novos laços determinou sobre estas novas figuras que integram o agrupamento familiar:

Art. 1636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.
Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Da análise de referidos dispositivos (art. 1588 e 1636 do CCB/2002), entendemos que sua aplicação conjunta é definida apenas para o plano da ficção jurídica, sendo inconciliável para os padrões da realidade.

Isso porque na medida em que o legislador assume que o cônjuge guardião possa ter um novo relacionamento amoroso, assumiu o legislador a possibilidade de convivência diária da criança e do adolescente com o pai e mãe afins.

Ora, por certo, a convivência e o cotidiano possibilitam inevitavelmente e às vezes até exigem a interferência do novo cônjuge ou companheiro na criação do filho afim.

Evidente a incongruência dos dispositivos, pois o legislador aceita a convivência diária do pai afim com o filho afim, mas veda a interferência daquele –

¹⁴⁰ Id.

apesar da convivência diária e do laço de afinidade – qualquer interferência na vida deste.

Como observa WALDYR GRISARD FILHO¹⁴¹ é claro que os pais afins terão influência na socialização dos filhos de seu cônjuge ou companheiro, implicando em diversos cuidados, desde sustento à transmissão de valores e modelos de conduta.

É impossível residir com alguém sem qualquer interferência, a não ser que estejamos tratando de qualquer outra coisa que não seja uma família!

Neste ínterim, PONTES DE MIRANDA¹⁴² ensina que o direito de educar a criança e o adolescente é direito intransferível dos pais, contudo, seu exercício pode, por vezes, se transferir a terceiro, como aos pais afins, os quais, inevitavelmente assumiram algumas funções, sejam paternas, sejam maternas.

É preciso ratificar que apesar de entendermos que essa interferência será inevitável, não se trata de uma obrigação dos pais afins, pois a lei não pode impor sentimentos e afetos.¹⁴³

Por outro lado, a lei pode avalizar comportamentos e responsabilidades livremente assumidas através de um laço socioafetivo.¹⁴⁴

Denota-se que o art. 1636 do CCB/2002 ao vedar em absoluto a interferência do pai ou mãe afins na criação da criança avança além da realidade da sociedade, que quase sempre admite essa interferência em razão da nova forma de arranjo familiar.

Saliente-se, ainda, que entendemos que o art. 1636 do CCB/2002 retrocede ao negar implicitamente a possibilidade de existir uma parentalidade socioafetiva, tendo como base a posse de estado de filho, na maioria das vezes presente nas famílias reconstituídas.

Nestes termos, ensina TEIXEIRA¹⁴⁵:

Não se pode ignorar que, principalmente quando um dos genitores biológicos é ausente, constitui-se, na maioria das vezes, uma parentalidade afetiva entre o filho afim e o genitor afim, embora ausente o ele biológico. Isso se faz possível em decorrência da posse do estado de filho, de pai e de

¹⁴¹ Ibid., p.670.

¹⁴² MIRANDA, op. cit., p. 120.

¹⁴³ GRISARD FILHO, *Famílias reconstituídas...*, p.669.

¹⁴⁴ Id.

¹⁴⁵ TEIXEIRA, op. cit., p. 123.

mãe, que pode ocorrer em famílias reconstituídas. Esse fenômeno, que exige os requisitos do nome, do tratamento e da fama, deve ser cada vez mais valorizado, pois segue a tendência do Direito de valorar muito mais a essência das relações jurídicas do que a forma por elas assumidas. Nesse diapasão, vem crescendo, na ordem jurídica brasileira, a doutrina que admite a paternidade socioafetiva, atribuindo-se valor jurídico ao afeto.

A autora ainda observa que é inegável que os valores protegidos pela nossa CF em seu art. 227 e pelo ECA em seus arts. 4º e 6º inauguram uma nova epistemologia da paternidade, oferecendo os fundamentos do reconhecimento da paternidade socioafetiva.¹⁴⁶

Portanto, coadunamos da opinião de TEIXEIRA¹⁴⁷ no sentido de que o pai e mãe afins possuem opiniões que devem ser consideradas relevantes, pois a família (inclusive a reconstituída) é funcionalizada à promoção da dignidade de seus membros.

Desse modo, apesar do CCB/2002 dispor de forma distinta, concluímos pela possibilidade de interferência dos pais afins no exercício da guarda, mas remanesce fixar quais os limites desta interferência.

Neste contexto, ressaltamos que em uma interpretação mais ampla do art. 1636 do CCB/2002 a autoridade do pai afim deve ser delimitada pelo pai ou pela mãe titulares do poder parental e da guarda.

Enfim, não há dúvidas sobre a possibilidade de cooperação do genitor afim no exercício da guarda da criança e do adolescente, inclusive, do exercício de autoridade, desde que, autorizada pelo titular; bem como não há dúvidas de que em caso de ausência de um dos pais e em havendo uma parentalidade socioafetiva, essa poderá ser reconhecida aos pais afins.

Há que se ressaltar, por fim, que também nessa relação jurídica (famílias reconstituídas) deve ser observado o que seja efetivamente mais conveniente para a criança e o adolescente, a fim de proporcionar o desenvolvimento de sua personalidade quando do exercício da guarda.

¹⁴⁶ Ibid., p. 120.

3.7. A Guarda Conjunta

Como vimos nos tópicos acima, após a dissolução da união, normalmente, a guarda se cinge e se fixa a apenas um dos pais.

Com respectiva cisão da guarda, ao não-guardião ficou reservado apenas um papel verdadeiramente secundário, que o priva do integral relacionamento com seu filho, situação que tem sido questionada não só por juristas, mas também por psicólogos, psiquiatras, médicos e assistentes sociais.¹⁴⁸

Mas antes de tudo, esta situação tem sido questionada pela própria sociedade que cada vez mais busca um envolvimento isonômico do casal com os filhos.

O fato é que a cisão da guarda não reserva espaço para a igualdade parental imposta pela nossa legislação e fruto de uma evolução social, a qual ensejou a redistribuição e intefungibilidade dos papéis na comunidade familiar.

Como afirma WALDYR GRISARD FILHO¹⁴⁹, a família é uma realidade sociológica que precede ao surgimento do Estado e é anterior ao próprio direito, e como tal, é compelida a trilhar novos e revolucionários caminhos, projetados pelos fenômenos sociais verificados.

Por esta razão, há quem defenda a idéia de que o sistema de exercício compartilhado da guarda deva ser recebido pelo nosso sistema jurídico como meio de responder as aspirações sociais de isonomia entre o casal, buscando maiores benefícios tanto para a criança ou o adolescente como também para ambos os pais.

A escolha desse modelo de relacionamento para o casal com seus filhos é a consequência da falência do modelo patriarcal centrado na coerção e na falta de diálogo.¹⁵⁰

Neste contexto, a guarda compartilhada assume uma importância extraordinária, na medida em que valoriza o convívio do filho com seus dois pais, pois mantém - apesar da ruptura e da fixação da residência da criança com apenas

¹⁴⁷ Ibid., p. 127.

¹⁴⁸ GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada...*, p. 136.

¹⁴⁹ Ibid., p. 137.

¹⁵⁰ Ibid., p. 138.

um dos pais - o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um desses, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança.¹⁵¹

Saliente-se que há doutrinadores que entendem que esse modelo não se trataria de guarda compartilhada, mas sim, de mera cisão da guarda, sendo essa fixada a um dos pais e ao outro se garantindo a titularidade do poder familiar, como prevêem as normas legais sobre o tema (art. 1634 do CCB).

Ou seja, entendem referidos doutrinadores que ainda com a fixação da guarda a um dos pais, caberá ao outro a titularidade e o exercício do poder familiar, ou seja, a prerrogativa de participar das decisões importantes relativas à pessoa e bens do filho e em caso de discordância de exercer seu direito a fiscalização através de recurso ao Poder Judiciário.

Daí porque, entendem referidos doutrinadores que quando os pais exercem uma convivência ativa perante a criança não se trataria de guarda compartilhada, mas de mero exercício legal do poder familiar.

Em síntese, esses doutrinadores defendem a idéia, e com embasamento legal, que o poder familiar atribui a ambos os pais, independentemente da guarda, o poder-dever de gerenciar a educação dos filhos, de modo a moldar sua personalidade, proporcionando-lhe um crescimento com liberdade e responsabilidade; bem como o poder-dever de zelar pelo patrimônio destes.

Contudo, sabemos que dessa forma é a disposição da lei, não da realidade.

Apesar da lei prever a titularidade do poder familiar a ambos os pais (art. 1634 do CCB), na realidade muitos pais, desmotivados pela ausência dos filhos e por uma presença forçada nos dias de visita previamente estabelecidos, acabam se desinteressando pelos filhos e “abandonam” o exercício do poder familiar, deixando-o integralmente aos cuidados apenas do guardião.¹⁵²

Enfim há uma diferença entre a ficção da titularidade do poder familiar de um lado e o exercício efetivo deste de outro.¹⁵³

O conjunto de faculdade que remanesce com o cônjuge ou companheiro que não obtém a guarda dos filhos, após a separação – isto é, direito de visita, vigilância e fiscalização – revela o estreitamento de seu poder familiar.¹⁵⁴

¹⁵¹ Id.

¹⁵² LEITE, *Famílias monoparentais...*, p. 260.

¹⁵³ SILVA, op. cit., p. 62.

¹⁵⁴ Id.

A maioria dos estudos jurídicos e psicológicos comprova que a visita, efetivamente realizada nos primeiros meses que sucedem à ruptura, tende a se espaçar e a desaparecer com manifesta desvantagem aos filhos.¹⁵⁵

O que se busca com a guarda conjunta é, então, o exercício efetivo e conjunto da autoridade parental, fazendo com que esse exercício não fique apenas lá esquecido na legislação, mas passe para o plano da realidade familiar.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE¹⁵⁶ preceitua que, por este motivo, a denominação guarda “conjunta” é equivocada, na medida em que a separação põe fim à coabitação dos pais, logo a guarda não é literalmente “conjunta”.

Utiliza-se referida denominação, guarda conjunta, quando se fala em exercício conjunto da autoridade parental. Consiste no exercício comum, pelos pais, de um certo número de prerrogativas à pessoa da criança.

Ocorre que a guarda única pode gerar insatisfação, pelo que surge um novo modelo que visa garantir por um lado o direito da criança se relacionar com ambos os pais, e por outro, promova a igualdade de direitos e responsabilidades entre esses.¹⁵⁷

Os defensores da guarda compartilhada afirmam que na guarda única o pai não guardião sente-se excluído da educação e da vida dos filhos, enquanto o guardião permanece sobrecarregado econômico, física e psiquicamente; além do filho não ter contato direto com ambos.¹⁵⁸

Entretanto, como afirma SOTTOMAYOR¹⁵⁹, a guarda compartilhada só se efetivará com sucesso se os pais revelarem capacidade de cooperação e de educar em conjunto a criança, capacidade de separar seus conflitos interpessoais enquanto pais e que tenham com os filhos uma boa relação afetiva. Ademais, respectiva fixação deve estar de acordo com o melhor interesse da criança ou do adolescente.

Este também é o entendimento da jurisprudência, vejamos:

APELAÇÃO. GUARDA DE FILHOS ATRIBUÍDA À GENITORA. ALIMENTOS. NECESSIDADES PRESUMIDAS DOS FILHOS. 1. Ao pleitear

¹⁵⁵ LEITE, *Famílias monoparentais...*, p. 260.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 261.

¹⁵⁷ SOTTOMAYOR, *op. cit.*, p. 117.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 118.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 139.

a guarda compartilhada o apelante reconhece que a genitora tem condições de ter os filhos sob sua guarda. 2. Havendo discordância entre os genitores, como é patente no presente caso, a pretensão de guarda compartilhada se afigura inviável porque contrária ao interesse das crianças. É que, para tanto, **indispensável que entre os genitores haja uma relação madura e responsável, com foco exclusivo no papel parental e superação dos conflitos conjugais**, o que, à toda evidência, não ocorre aqui. 3. Os alimentos foram fixados parcimoniosamente e 1 salário mínimo para os três filhos, tendo em mira as necessidades presumidas dos menores e a capacidade laborativa do apelante. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME (BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70013325063. 7ª Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 21/12/2005)

(destaque nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. O pedido de guarda compartilhada, formulado pelo apelante, mostra-se totalmente incongruente com a beligerância que marcou o processo desde o seu início. Esta modalidade de guarda pressupõe um grau de cooperação e comprometimento muito além daquele em que se encontram os litigantes. Ademais, a genitora sempre exerceu a guarda do filho que já conta com 3 (três) anos de idade, sendo que o apelante somente veio a reconhecer a paternidade no bojo da ação investigatória. Não logrou demonstrar, o apelante, qualquer elemento a ensejar a alteração da situação já consolidada. RECURSO DESPROVIDO. (BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70010773331. 8ª Câmara Cível. Relator: Catarina Rita Krieger Martins. Julgado em 16/06/2005)

No voto deste julgado, o Des. José Ataídes Siqueira Trindade afirma:

Também desprovejo, só queria observar que concordo com o Des. Portanova quando Sua Excelência fala que, não havendo acordo entre as partes, mesmo assim, se poderia deferir a guarda compartilhada, mas esse acordo deve estar focado simplesmente, ou tão-só e unicamente em um querer a guarda para si e o outro também, não que esse desacordo das partes vá além desse simples fato, porque, se se extravasa isso, atinge-se justamente a harmonia entre essas pessoas. Eles não conseguiram ainda elaborar e amadurecer a separação, obviamente não existe acordo com relação a isso. Tanto não conseguiram elaborar e amadurecer que há fortes agressões verbais, acusações aqui bastante graves inclusive, com registros, como foi mencionado pelo eminente Relator.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE¹⁶⁰ acrescenta que alguns juristas afirmam que a guarda compartilhada só teria sucesso desde que cada um dos genitores manifestasse seu desejo por esta modalidade, pelo fato de que dificilmente poderia se compelir um pai a cooperar em uma guarda conjunta quando ele não a deseja.

Contudo, como ensina o autor, este argumento não é totalmente procedente, vejamos:

Não nos parece, entretanto, ser este argumento totalmente procedente, já que a experiência tem demonstrado que muitas decisões judiciais, inicialmente geradoras de reações veemente contrárias, acabam sendo aceitas pelas partes, tão logo arrefecem os ânimos das partes, após as pelepas judiciais.

Os Tribunais devem ser suficientemente maleáveis de forma a garantir os melhores interesses da criança e também dos pais. Assim como na separação (ou divórcio), os juizes não vacilam em manter o direito de visita do pai (quando a mãe se opõe à visita, se o ex-marido já tem nova companheira), da mesma forma os juizes devem ter a liberdade de impor a guarda conjunta aos genitores quando, por exemplo, eles a recusem sem justo motivo.

Geralmente, o juiz competente e sensível, durante a instrução processual, colhe os elementos suficientes de convicção capazes de lhe indicar a melhor solução para os filhos e ex-cônjuges.¹⁶¹

Denota-se que o pressuposto da guarda conjunta é o de que, apesar da ruptura dos pais e das diferenças pessoais que daí possam decorrer, os mesmos podem exercer em comum a autoridade parental, como eles a exerciam quando a família permanecia unida.¹⁶²

A ordem judicial, neste sentido, trilharia um caminho a ser seguido.

SOTTOMAYOR¹⁶³ certifica que a guarda compartilhada pode ser praticada de acordo com três modelos (a) no exercício conjunto com a fixação da residência da criança com um dos pais, (b) no exercício conjunto com residência alternada, (c) no chamado “*Birds’ Nest Arrangement*”.

O primeiro modelo é o mais defendido pela doutrina, no qual os pais devem tomar as decisões importantes relativas à pessoa e bens do “menor” de comum

¹⁶⁰ LEITE, *Famílias monoparentais...*, p. 268.

¹⁶¹ Id.

¹⁶² Ibid., p. 270.

¹⁶³ SOTTOMAYOR, op. cit., p. 141.

acordo, contudo, a residência do mesmo é fixada apenas juntamente com um dos pais.

O segundo modelo de guarda compartilhada, exposto por SOTTOMAYOR¹⁶⁴, se refere ao exercício conjunto da guarda com residência alternada e se traduz no fato da criança viver um montante de tempo substancial em casa de um dos pais, de acordo com determinado ritmo temporal (ritmo de alternância anual, semestral, mensal, quinzenal, semanal ou divisão das semanas ao meio), não sendo, necessário, contudo, que o tempo que a criança passe com cada um dos pais seja igual.

Este modelo difere da “guarda alternada”, no qual durante cada turno o progenitor guardião exerce exclusivamente o poder parental, enquanto o outro se beneficia de um direito de visita e de vigilância.

A “guarda alternada”, portanto, funciona num quadro de exercício unilateral do poder familiar, em que as decisões importantes relativas à criança são tomadas exclusivamente pelo guardião sem consentimento do outro, enquanto a “guarda conjunta” com residência alternada as decisões relativas à criança são tomadas em comum acordo pelos pais.

A alternância de residência seja na “guarda alternada”, seja na “guarda conjunta” é bastante criticada, pois, enseja o sentimento de insegurança e instabilidade.¹⁶⁵ Neste caso, não há nem *continuum* afetivo, nem *continuum* espacial, nem *continuum* social, o que vem só a prejudicar a criança e o adolescente.¹⁶⁶

O terceiro modelo de guarda compartilhada, praticado nos Estados Unidos da América - EUA, é o chamado “*Birds’ Nest Arrangement*”.

Este modelo consiste no exercício conjunto da guarda, onde os pais têm uma residência habitual junto aos filhos e nela se revezam, ora morando um progenitor, ora outro.¹⁶⁷

É o modelo menos usado, considerando a inviabilidade das constantes mudanças para os pais em relação à residência, apesar desta consistir num ponto de referência fixo que confere a criança a estabilidade necessária.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Ibid., p. 144.

¹⁶⁵ LEITE, *Famílias monoparentais...*, p. 271.

¹⁶⁶ GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada...*, p. 147.

¹⁶⁷ SOTTOMAYOR, op. cit., p. 144.

Enfim, o modelo normalmente aceito de guarda conjunta é o primeiro, qual seja o exercício conjunto com a fixação da residência da criança com um dos pais, e quando se fala em guarda conjunta ou compartilhada geralmente é a este modelo que está se referindo.

WALDYR GRISARD FILHO¹⁶⁹ destaca que respectivo modelo de guarda é possível juridicamente no modelo pátrio, posto que, ainda que inexistam normas expressas sobre o instituto, não existem regras proibitivas à aplicação dele.

O Autor afirma que há vários dispositivos que mostram a possibilidade de utilização da guarda compartilhada em nosso Direito, vejamos:

Do texto constitucional, pelo artigo 226, §5º, a consagração do princípio da igualdade entre o homem e a mulher, nos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. O Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 1º, dispondo sobre a proteção integral do menor, impõe dever à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público de assegurar ao menor uma convivência familiar, através do artigo 4º, à consideração de sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento, conforme artigo 6º. Por isso é garantido ao menor o direito de participar da vida familiar, pelo artigo 16, inciso V, e de 'ser criado e educado no seio de sua família', conforme artigo 19.

Está claro que o Estatuto privilegiou o convívio da criança com seus pais e ressalta a importância dessa convivência sobre seu integral desenvolvimento. É inegável, assim, que a lei menorista acolheu a tese da guarda compartilhada, sendo-lhe amplamente favorável.¹⁷⁰

Enfim, nota-se que em vários dispositivos no nosso sistema jurídico, antes de impedir a guarda conjunta, a favorecem, reafirmando a discricionariedade do juiz nesta matéria.

Mas como tornar possível e viável tal proposta? Como se pergunta EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE¹⁷¹, como exercitar a guarda conjunta em ambiente quase sempre hostil ao entendimento?

O autor ensina que primeiramente o casal deve determinar a residência da criança e do adolescente, pois esta é essencial e indispensável à estabilidade da

¹⁶⁸ Ibid., p. 145.

¹⁶⁹ GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada...*, p. 140.

¹⁷⁰ Ibid., p. 141.

¹⁷¹ LEITE, *Famílias monoparentais...*, p. 270.

criança que terá, então, um ponto de referência, um centro de apoio de onde irradiam todos seus contatos com o mundo exterior.¹⁷²

O ideal, segundo o mestre, é que a residência seja fixada por acordo entre os pais, já que a presunção tende a visualizar no acordo, um real entendimento desses. E este real entendimento do casal é fundamental, sem o qual, todas as expectativas de guarda conjunta desaparecem.¹⁷³

Este acordo, então, deverá ser ratificado em audiência de conciliação, onde o juiz competente e sensível dispõe de elementos suficientes para avaliar se os termos do acordo correspondem exatamente à vontade manifestada por escrito. Não convicto da veracidade das cláusulas, não homologa o acordo e provoca rediscussão da matéria.¹⁷⁴

O segundo aspecto a ser considerado pelo casal, de comum acordo na guarda conjunta, é a educação do filho. E “educar” não é como se tem irresponsavelmente propagado no Brasil – “pagar” a escola, “pagar” um professor particular, “pagar” um curso de línguas, etc.¹⁷⁵

Enfatizamos que há distinção entre o sustento (manutenção material – “pagar” escola, professores e cursos) e a educação (manutenção moral).

Enfim, na guarda conjunta, o segundo aspecto da educação da criança ou do adolescente depende de uma comunhão e unidade educativas, as quais devem ser mantidas ou salvaguardadas, a menos que os genitores não tenham conseguido suplantar suas diferenças pessoais.¹⁷⁶

O terceiro aspecto a ser acertado de comum acordo é o montante da pensão alimentícia, conforme as rendas de cada um e a necessidade da criança.¹⁷⁷

Acertados estes aspectos e homologado o acordo pelo Juiz, inicia-se o exercício da guarda conjunta que deve se pautar, então, pelos mesmos princípios já examinados no caso de guarda comum, ou seja, os pais devem exercer o poder familiar como um instrumento de garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

¹⁷² Id.

¹⁷³ Ibid., p. 271.

¹⁷⁴ Id.

¹⁷⁵ Ibid., p. 272.

¹⁷⁶ Ibid., p. 273.

¹⁷⁷ Ibid., p. 274.

Do exercício conjunto da guarda, surgem outros aspectos, como por exemplo, a questão da responsabilidade civil dos pais e o controle dos bens da criança e do adolescente.

Quanto a responsabilização dos pais em caso de guarda conjunta, WALDYR GRISARD FILHO¹⁷⁸ entende que pai e mãe serão solidariamente responsáveis, uma vez que as decisões relativas à educação são tomadas em comum.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE¹⁷⁹, por sua vez, entende que a jurisprudência exige a reunião de duas condições previstas pelo texto legal¹⁸⁰, guarda (“sob seu poder”) e coabitação (“em sua companhia”) para caracterização da responsabilidade.

Ensina o jurista que no caso da guarda conjunta, a condição da guarda está preenchida, já que este direito pertence a ambos os pais. Por outro lado, quanto a segunda condição afirma que, igualmente, não pode pairar qualquer dúvida sobre a ocorrência de coabitação. Desse modo, caso a criança resida com um dos pais ou se encontre temporariamente na companhia do outro genitor, no momento em que ocorreu o dano, será este considerado responsável.

Logo, as duas condições exigidas pelo texto legal – guarda e coabitação – segundo EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE¹⁸¹ estão efetivamente reunidas, pelo que, pai e mãe poderão ser responsabilizados.

Relativamente aos bens, em se tratando de guarda conjunta, o controle recíproco dos pais permanece, como ocorre quanto à educação, à visita e à estadia.

Observe-se, ainda, que em caso de desacordo dos pais, quando do exercício da guarda conjunta sobre assuntos que lhe são relacionados, o nosso Direito confia ao Juiz a tarefa de resolver, tal como ocorre na guarda comum.

Ainda que se pretenda criticar a interferência do Juiz em matéria privada, é evidente que uma vez que surge o conflito, somente uma pessoa externa tem o condão de resolver. Conseqüentemente, o Poder Judiciário só intervirá quando surgir um problema.¹⁸²

Neste sentido:

¹⁷⁸ GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada...*, p. 136.

¹⁷⁹ LEITE, *Famílias monoparentais...*, p. 275.

¹⁸⁰ Art. 932 do CCB/2002.

¹⁸¹ LEITE, *Famílias monoparentais...*, p. 275.

¹⁸² *Ibid.*, p. 277.

PEDIDO DE GUARDA. A esta altura é necessário definir a guarda desta criança que, juridicamente, está indefinida, uma vez que o ajuste entre os pais foi informal. Na medida em que não há mais acerto, não há mais entendimento, evidente que há necessidade de que o Estado-Juiz assumira essa responsabilidade. Neste contexto, ante essa necessidade, na medida em que a guarda compartilhada fracassou, impõe-se a definição de guarda. PROVERAM, VENCIDO O RELATOR. (SEGredo DE JUSTIÇA)
(BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível nº 70006221006. 7ª Câmara Cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 04/06/2003)

É importante certificar que, segundo SOTTOMAYOR¹⁸³, a intervenção judicial assume um caráter excepcional e subsidiário face ao acordo dos pais, e que só ocorrerá frente a desavenças entre os guardiães sobre uma questão de particular importância e encerradas as possibilidades de conciliação.

Ao Juiz, por sua vez, caberá o entendimento e definição, através da análise do caso concreto, do que se trata uma questão de particular importância, tendo em vista se tratar de conceito subjetivo e indeterminado.

Já examinamos que, quanto a intervenção estatal, esta deverá ocorrer em razão da guarda ter uma evidente função social referente a formação da personalidade e valores das pessoas, além do fato da intervenção decorrer também de um anseio das próprias famílias, que nem sempre conseguem resolver seus conflitos na vida particular.

Observe-se, ainda, que em caso de desacordo entre os pais deverá o Juiz ouvir o “menor”, sempre que possível, e com a devida cautela, pois a criança capaz de discernir e de formular a sua própria opinião tem o direito de expressá-la livremente, no que tange a assuntos que lhe são relacionados (artigo 15 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989).

Por outro lado, caso os conflitos entre os pais sejam reiterados, não bastará resolver os desacordos pontualmente, mas sim resolver a situação global de relações conflituosas entre os pais.¹⁸⁴

¹⁸³ SOTTOMAYOR, op. cit., p. 164.

¹⁸⁴ Ibid., p. 165.

Ou seja, falhando o sistema da guarda conjunta deverá o Juiz modificá-lo para o exercício exclusivo do poder familiar, modelo tradicional de guarda, pois é melhor que a criança viva com um só genitor, mas equilibrado e capaz de bem lhe conduzir, do que com os dois em um conflito constante e comprometedor do melhor interesse da criança.¹⁸⁵

Neste sentido:

ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 3. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido. (BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70005760673. 7ª Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 12/03/2003)

Analisada a questão da guarda conjunta, resta observar que os juristas discutem quais as vantagens e desvantagens deste modelo em face do modelo tradicional da guarda exclusiva.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE¹⁸⁶ ensina que *“quanto as vantagens, tudo leva a crer que o interesse da criança seja o argumento fundamental invocado pelos adeptos da guarda conjunta. Argumento válido e defensável já que o interesse da criança é o critério determinante de atribuição de guarda.”*

Este melhor interesse da criança está focado no caso da guarda conjunta em tentar manter um relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, o que normalmente não se viabiliza em casos de cisão da guarda.

¹⁸⁵ LEITE, *Famílias monoparentais...*, p. 286.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 278.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE¹⁸⁷ afirma também que mesmo que exista conflito e hostilidade entre os pais em face da dissolução da união, será possível o exercício da guarda conjunta, pois esta aviva um sentimento de justiça, que a disputa faz negligenciar, e concilia os pais, entoados por um sentimento de cooperação.

Este sentimento de cooperação também é uma vantagem no exercício da guarda, na medida em que só traz benefícios a criança e ao adolescente, além dos benefícios aos próprios pais.

A guarda conjunta seria uma tentativa de minorar os percalços de uma separação, tanto para os pais, quanto para os filhos, buscando uma convivência particular entre eles.

Há pesquisas, ainda, que observam como vantagem para os pais o fato de que a guarda conjunta facilitaria a recomposição da vida familiar para os homens e mulheres - reafirmando, assim, a igualdade desejada pelo texto constitucional - enquanto a guarda exclusiva desfavoreceria as mães (que normalmente são nomeadas como guardiãs) de reconstituírem uma nova relação amorosa.¹⁸⁸

Como desvantagens, EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE salienta que algumas pesquisas afirmam que a guarda conjunta traria instabilidade emocional à criança, que ficaria dividida entre os pais, como um “joguete”.

O jurista rebate a pesquisa no sentido de que esta instabilidade emocional não surgiria se os pais cooperassem um com o outro, cooperação esta “*que, certamente, não depende de uma ordem judicial, mas da boa vontade dos pais*”.¹⁸⁹

Neste íterim, a decisão judicial representa apenas um auxílio, uma condução a um caminho favorável à obtenção de bons resultados.

SOTTOMAYOR conclui a respeito da guarda compartilhada que, apesar de ser uma tentativa positiva de incentivar a manutenção de relações contínuas e regulares da criança com ambos os pais e uma igualdade de direitos e deveres entre estes, constitui apenas a solução menos má, pois não remedeia todos os inconvenientes do divórcio.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Ibid., p. 280.

¹⁸⁸ Ibid., p. 282.

¹⁸⁹ Id.

¹⁹⁰ SOTTOMAYOR, op. cit., p. 154.

E mais, não apaga a dor da criança e do adolescente por não viver ao mesmo tempo com ambos os pais e se beneficiar de uma relação íntima entre estes.

Quanto a esta observação, citamos EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE¹⁹¹ que brilhantemente afirma: *“não é a guarda conjunta que cria a ilusão de não destruição da família, mas a ausência de uma postura clara, objetivamente assumida pelos genitores”*.

Enfim, para um exercício regular da guarda e conforme o princípio do melhor interesse da criança, por certo, é preciso muito mais do que previsões constitucionais e decisões judiciais, mas sim, uma postura diária dos pais que a exercem.

Neste contexto, ponderamos mais uma vez a necessidade do Estado criar políticas públicas dirigidas não somente ao atendimento de crianças e adolescentes abandonados, mas a todas as crianças, necessariamente, ao poder familiar e ao exercício da guarda.

3.8. A Guarda e a Família Monoparental

A guarda é exercida em uma “família monoparental” quando há uma comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, englobando um conjunto de situações diferenciadas.¹⁹²

Estes casos englobam, portanto, os casos de cisão de guarda já estudados e os pais e mães solteiras ou que se separam antes do nascimento da criança.

Este último modelo (pais e mães solteiras ou separadas antes do nascimento da criança) difere da cisão da guarda, pois para pressupormos uma “cisão”, teríamos que antes entender ter existido a “comunhão” do exercício da guarda, o que não ocorre quando os pais nunca se uniram ou então, vieram a se separar antes do nascimento da prole.

Neste contexto, não podemos deixar de registrar, ainda, brevemente nesta pesquisa que por muitas vezes a guarda é exercida já desde o nascimento da criança de forma exclusiva, ou seja, por apenas um dos pais (família monoparental).

¹⁹¹ LEITE, *Famílias monoparentais...* p. 275.

¹⁹² *Ibid.*, p. 59.

Referida situação encontra proteção constitucional através do § 4º do art. 226 da CF, o qual prevê que *“entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”*

A proteção também está disposta no ECA, o qual através do art. 25 prevê que *“entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.”*

Quanto a essa forma de agrupamento familiar, em síntese, apenas examinamos que ao exercer a guarda, respectivo pai guardião deverá promover o desenvolvimento da personalidade e dignidade de seus filhos, conforme já suasóriamente exposto.

Entretanto, existindo litígio judicial entre os pais sobre a guarda do filho, entendemos que este deverá permanecesse em poder do “guardião de fato”, ou seja, daquele em cuja companhia esteve desde seu nascimento (Artigo 11 da Lei de Divórcio).

A intenção em se manter o estado fático da criança é a de preservar a situação familiar já estabelecida anteriormente pelo casal, bem como, porque normalmente o guardião de fato será a figura primária de referência da criança, a qual deve, por esta razão ser preservada.

Obviamente esta disposição deverá ser observada apenas se estiver em consonância com o melhor interesse da criança e do adolescente.

Deste modo, caso o guardião de fato não preencha os requisitos necessários de figura primária de referência ou não garanta o melhor interesse do “menor”, a guarda deverá, então, ser fixada da forma exposta acima no caso de cisão da guarda.

Enfim, a guarda deverá ser fixada visando o que seria o melhor interesse da criança e do adolescente, pelo que observamos que poderá, então, ser feita uma análise dos três critérios que adotamos no caso de cisão de guarda (fixação da figura primária de referência, análise do laudo psicossocial e ouvida da criança).

Ratifique-se que o pai não guardião mantém inalterada a titularidade do poder familiar e ainda conserva algumas faculdades e obrigações perante o filho, como o direito de visita, de tê-lo em sua companhia, bem como de fiscalizar sua manutenção e educação, tudo, claro, conforme o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

3.9. A Guarda Extraconjugal

Como já observado quando os pais vivem juntos e harmoniosamente com a prole, ambos exercem a guarda de seus filhos (guarda comum), porém quando da ruptura do relacionamento, a guarda pode ser exercida por apenas um dos pais (cisão da guarda) ou ainda por terceiro (guarda extraconjugal).

Remanesce, portanto, analisarmos a guarda extraconjugal ou guarda por terceiro, ou seja, quando a guarda se desvincula do poder familiar e é transferida a terceiros que não os pais.

Saliente-se que não se trata de eleger o genitor ideal, em forma abstrata, mas sim, de optar em casos de situações singulares pela guarda para um terceiro, parente ou não.¹⁹³

Esta modalidade de guarda já vinha prevista na Lei do Divórcio em seu art. 10, §2º, corroborados pelo art. 13 e 15, sendo que, no ECA, a figura da guarda extraconjugal consubstancia-se na família substituta.

Vejamos o que dispõe a Lei do Divórcio:

Art. 10. Na separação judicial fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que ela não houver dado causa.

(...)

§ 2º. Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

(...)

Art. 13. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

(...)

Art. 15. Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Tornar-se claro que a Lei do Divórcio, quando dispõe da guarda, prevê a possibilidade desta ser deferida a terceiros, preferencialmente a pessoa

¹⁹³ GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada...*, p. 73.

notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, reservando, além disso, aos pais o direito de visita e fiscalização.

E o ECA dispõe sobre o assunto:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.

§ 2º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.

Com referido dispositivo, denota-se que o ECA também dá preferência para a guarda extraconjugal a parentes, considerando a relação de afinidade ou de afetividade, buscando, desta forma, evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.

O Atual Código Civil também dispõe sobre o tema de forma semelhante, vejamos:

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Adverte-se que independentemente de quem aufera respectiva guarda, não haverá ruptura dos laços jurídicos e afetivos da filiação, ou seja, permanece sendo de ambos os pais o poder familiar (art. 1630 do CCB/2002), salvo decisão judicial em contrário.

A perda do poder familiar pode se dar através de decisão judicial nas hipóteses previstas no CCB/2002, vejamos:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
I - pela morte dos pais ou do filho;
II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III - pela maioridade;
IV - pela adoção;
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.
(...)
Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Enfim, somente nestas hipóteses haverá extinção do poder familiar, nos demais casos, apenas ocorre a transferência da guarda do “menor”.

Neste caso, os pais ainda que não detenham a guarda, não ficam dispensados de seus deveres de assistência, como a prestação de alimentos, uma vez que não há a afetação do pátrio poder (arts. 1579 e 1630 do CCB/2002).

Em relação aos terceiros a auferirem a guarda, dentre os parentes, os avós tem sido os preferidos, não havendo entre eles ordem preferencial. Primeiro, porque inexistente previsão legal, segundo porque impera o princípio do artigo 5º, I da CF.¹⁹⁴

Os avós são preferência também do legislador, visto que fixada a guarda a estes, está assegurada à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, previsto no art. 227 da CF e no art. 19 do ECA, bem como por existir normalmente relação de afetividade que evitará ou minorará as consequências decorrentes da medida.

A jurisprudência vem se manifestando numa escolha que recaí, quase sempre, na pessoa dos avós. Isso porque o carinho dos avós pelos netos quase sempre resolve a situação da guarda que não possa ou não convenha manter-se com um dos progenitores.¹⁹⁵

Na escolha de terceiros para o exercício da guarda, sobreleva o interesse da criança, auferido no exame circunstancial dos fatos.

Sob a ótica de que deve prevalecer o interesse do “menor”, a jurisprudência considera alguns fatores para fixar a guarda aos avós como o interesse pela guarda,

¹⁹⁴ Id.

¹⁹⁵ LEITE, E. de O. *Temas de Direito Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 134.

criação e educação do neto, honorabilidade e situação econômica financeira destes, existência de um ambiente familiar, capacidade habitacional e por fim, o nível moral dos mesmos.

Nestes termos:

EMENTA: APELAÇÃO. GUARDA. REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. ENCERRAMENTO PREMATURO DA INSTRUÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA. Em se tratando de acirrada disputa de guarda, imprescindível a produção de provas amplas que subsidiem com segurança a decisão, a fim de assegurar a preservação dos interesses do menor. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA)
(BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70013312897. 7ª Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 16/11/2005)

Fica claro que na separação judicial ou no divórcio, também aos avós poderá ser dada a guarda na hipótese de o juiz entender que os pais não estão, naquele momento, aptos a ter os filhos sob sua responsabilidade.¹⁹⁶

O fato é que o amor que os avós transmitem aos seus netos deve ser experimentado, compartilhado e preservado, pois tal convivência possibilitará aos descendentes o contato com os valores de sua própria família para construção de sua personalidade.¹⁹⁷

Entendemos que também neste caso de guarda extraconjugal deverá o juiz se pautar principalmente pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pelo que indicamos mais uma vez que a análise da figura primária, do estudo psicossocial e por fim a oitiva do “menor” com a devida cautela são fatores relevantes para indicar uma solução favorável a criança.

A guarda extraconjugal obriga esse terceiro a prestação de assistência material, moral e educacional a criança e ao adolescente, conferindo ao guardião o direito de opor-se a terceiros, inclusive os pais, como se prevê no art. 33 do ECA.

¹⁹⁶ BIRCHAL, A. de S. *A relação processual dos avós no Direito de Família: Direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos* In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.52.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p.51.

Se não fosse desse modo, a guarda deferida a terceiros seria apenas um direito e não um exercício de fato.

Aos pais que não detiverem a guarda, por outro lado, poderá ser reservado além da obrigação de alimentos, o direito de visita, se for conveniente aos interesses dos filhos.¹⁹⁸

Ademais, entendem a maioria dos doutrinadores e a jurisprudência que cessada a incapacidade dos pais, a guarda será revertida em favor dos mesmos, que supostamente sempre preferirão aos terceiros.¹⁹⁹

Nestes termos:

GUARDA. DISPUTA ENTRE AVÓS PTERNOS E GENITORA. PEDIDO DE LIMINAR. DESCABIMENTO. 1. Em regra os filhos devem ser cuidados pelos pais e as alterações de guarda somente devem ser deferidas quando presente prova da necessidade da mudança, em razão de fato grave. 2. Não havendo prova segura de que a genitora não possui condições de cuidar do filho ou que os avós vem exercendo com exclusividade a guarda do neto há dois anos, descabe concessão de medida liminar definindo a guarda em favor destes. Recurso desprovido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70013282264. 7ª Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 14/12/2005)

A preferência natural dos pais para o exercício da guarda é assunto que discutiremos de forma mais aprofundada nos capítulos seguintes, porém, deixamos registrado desde já que a jurisprudência e a sociedade entendem – em sua maioria – pela existência dessa preferência “natural”.

A possibilidade da guarda ser exercida por outras pessoas que não os pais revela a profunda alteração nos institutos da guarda e do poder familiar.

Ou seja, como já dispusemos o exercício da guarda deixa de ser discricionário, arbitrário e onipotente para ser, então, um poder-dever que desaparecerá quando os pais não o utilizam como fator de proteção.

A guarda não pode ser exercida ou fixada segundo critérios de moralidade que foram adotados pela sociedade como “padrões” a serem seguidos.

¹⁹⁸ Ibid., p.52.

¹⁹⁹ Id.

Isso porque na família atual não existem padrões, são inúmeros modelos de família, nos quais o exercício da guarda deve ser pautado para o desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente.

A função social inerente a guarda não pode ser esquecida, de forma que deve ser sempre superior aos critérios morais, inclusive, ao critério de “preferência natural” dos pais para o exercício desta.

Por fim, ressaltamos que não existindo parentes, nem estranhos ao “menor” que aceitem o encargo, a criança será colocada em instituição governamental, conforme o art. 30 do ECA, como solução última a sua guarda, cumprindo, desta forma, o Estado o dever de assegurar a essa os direitos fundamentais insculpidos no art. 227 da CF.²⁰⁰

²⁰⁰ GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada...*, p. 73.

4. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

4.1. Introdução

Conforme observamos nos capítulos anteriores, a fixação e o exercício da guarda, seja qual for o formato da família, devem se efetivar observando o que seja mais conveniente para a criança e o adolescente a fim de proporcionar o desenvolvimento de sua personalidade.

Neste contexto, entendeu-se que deve ser feita uma leitura do instituto da guarda à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sob pena de incorrermos em inconstitucionalidade.

Mas qual a origem e o teor desse princípio? E mais, possui vigência em nosso país? Tudo isso é o que passaremos a analisar neste capítulo.

Esse princípio tem norteado tratados e convenções humanitárias, da mesma forma que tem influenciado decisões de Tribunais no mundo todo.

Sua origem se prende ao instituto do *parens patrie*, utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria.²⁰¹

Ou seja, o *parens patrie* está vinculado a guarda de pessoas incapazes e de suas eventuais propriedades, trata-se da autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica.²⁰²

Posteriormente, a partir do século XIV, a responsabilidade por estes incapazes, foi delegada pelo Rei ao Chanceler, o qual tinha, então, a responsabilidade de proteger todas as crianças, bem como, os loucos e débeis.²⁰³

Neste contexto, os julgados do século XVIII definiam que o Chanceler exerceria sua função de maneira a sobrepor o bem-estar da criança aos direitos dos pais desta, ficando esses julgados conhecidos como precedentes que consideraram a primazia do interesse da criança.²⁰⁴

²⁰¹ PEREIRA, T. da S. O melhor interesse da criança In: ____ [coord.]. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p 01.

²⁰² *Ibid.*, p 02.

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ *Id.*

Porém, apenas no século XIV, o princípio do melhor interesse tornou-se efetivo na Inglaterra.²⁰⁵

Nos Estados Unidos o princípio do *best interest* está vinculado às atribuições do Juiz quanto ao *parens patriae*. Emana da função tradicional do Estado como guardião daqueles que sejam legalmente incapazes.²⁰⁶

Atualmente, o princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto.²⁰⁷

Por esta razão, não existe uma orientação única de quais seriam os fatores determinantes do que venha a ser o “melhor interesse”, e nossa pretensão nos tópicos seguintes não é engessar referido princípio num conceito ou definição, mas sim, analisá-lo como um paradigma para o exercício e fixação da guarda.

4.2. Documentos Internacionais que Afirmam a Proteção da Criança e do Adolescente

Como dito, o princípio do melhor interesse tem norteado tratados e convenções humanitárias no mundo todo.

O reconhecimento da proteção especial para a criança apareceu pela primeira vez na Declaração de Genebra de 1924, onde foi declarada a “*necessidade de proclamar à criança numa proteção especial*”.²⁰⁸

Por outro lado, a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 prevê, para a criança, “*o direito a cuidados e assistência especiais*”.²⁰⁹

E a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 determinou no seu Segundo Princípio que:

..a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que

²⁰⁵ Id.

²⁰⁶ Id.

²⁰⁷ Ibid., p 03.

²⁰⁸ Ibid., p 04.

²⁰⁹ Id.

possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar lei com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será **o interesse superior da criança**.

(destaque nosso)

Referidas Declarações estabelecem o princípio do melhor interesse como uma afirmação de caráter meramente moral, não encerrando, portanto, obrigações específicas para os Estados, como de fato ocorre com qualquer Documento Internacional desta espécie.

As Convenções, por sua vez, apresentam regras adaptáveis às mais diversas realidades.²¹⁰

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança foi aprovada por unanimidade, na sessão de 20/11/1989 da Assembleia Geral das Nações Unidas, e é fruto de trabalho de 10 (dez) anos de representantes de 43 (quarenta e três) países-membros da Comissão de Direitos Humanos daquele organismo internacional, à época em que se comemoravam os 30 (trinta) anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança.²¹¹

Desse modo, foram reconhecidos, no âmbito internacional, direitos próprios da criança, que deixou de ocupar o papel de apenas parte integrante do complexo familiar para ser um sujeito de direito da família humana.

E mais, foi considerado que a criança e o adolescente, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais.²¹²

Referida Convenção representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir a suas crianças e adolescentes, sendo ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710/1990, o qual dispõe em seu art. 3º que:

Artigo 3

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, **o interesse maior da criança**.

²¹⁰ Ibid., p 05.

²¹¹ Id.

²¹² BARBOZA, H. H. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.] *A Família na Travessia do Milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.203. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.203.

2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

(destaque nosso)

Percebe-se que no art. 3.1 afirma-se o princípio do *maior* interesse da criança, enquanto no texto original em inglês declara-se o princípio do *melhor* interesse.

No caso, adotaremos, como TÂNIA DA SILVA PEREIRA, o conceito qualitativo – de melhor interesse – considerando o conteúdo da Convenção, bem como, a orientação constitucional e infraconstitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro.²¹³

Cabe lembrar, ainda, a disposição do art. 5º, §2º da CF, o qual dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Evidente que o Brasil, tanto em face dos Tratados e Declarações firmadas, como em face da ratificação da referida Convenção, incorporou em caráter definitivo o princípio do melhor interesse da criança em seu sistema jurídico.²¹⁴

4.3. Doutrinas Aplicadas no Brasil e a Alteração de Paradigma

Para entendermos ainda mais claramente o que significaria o princípio do melhor interesse, analisemos de forma sintética a evolução doutrinária que se deu no Brasil com respectivas alterações de paradigmas no que se refere à proteção da infância.

²¹³ PEREIRA, *O melhor interesse da criança...*, p. 06.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 07.

Primeiramente se aplicava a Doutrina do Direito Penal do Menor, concentrada nos Códigos Penais de 1830 e 1890, a qual se preocupava apenas com a delinquência infanto-juvenil e sua repressão.²¹⁵

Adotando a “teoria do discernimento”, determinava que os menores de 14 (quatorze) anos, que tivessem agido com discernimento, fossem recolhidos à Casa de Correção pelo tempo que o Juiz julgasse necessário e não podia passar dos 17 (dezessete) anos. Se a idade fosse entre 9 (nove) a 14 9 (quatorze) anos, os menores eram recolhidos a “Instituição Disciplinar Industrial”.²¹⁶

Ainda, na falta de respectivos estabelecimentos os “menores” eram recolhidos nas prisões dos adultos em deplorável promiscuidade.²¹⁷

A “teoria do discernimento” demonstrava-se, portanto, essencialmente repressiva, o que caracterizava um sistema pouco preocupado com o futuro da criança e do adolescente.²¹⁸

Posteriormente, com o Código de Menores de 1979, surgiu a Doutrina Jurídica da Situação Irregular, segundo a qual se definida referida situação, aplicavam-se medidas terapêuticas.

Representou profunda abertura no tratamento da criança e do adolescente para a época, de forma que, passaram a se preocupar com o estado físico, moral e mental da criança e, ainda, a situação social, moral e econômica dos pais.

Em sua vigência, houve aplicação de uma política assistencialista fundada na proteção do “menor” abandonado e infrator.²¹⁹

Assim sendo, a Doutrina da Situação Irregular se referia quase sempre àquele infanto-juvenil em situação de desajuste familiar, alcançando meninos e meninas habitantes de rua ou marginalizados.²²⁰

Por outro lado, referido diploma já afirmava em seu art. 5º que *“na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.”*

²¹⁵ Ibid., p. 11.

²¹⁶ Ibid., p. 15.

²¹⁷ Ibid., p. 16.

²¹⁸ Id.

²¹⁹ Ibid., p. 13.

²²⁰ MARQUES, M. T. S. Melhor Interesse da Criança: do subjetivismo ao Garantismo. In: PEREIRA, T. da S. [coord.]. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p 468.

Este dispositivo autorizava o Juiz a fazer prevalecer o Código de Menores no caso de conflito com qualquer outra legislação aplicável, desde que resultasse em melhor proteção do “menor”, regra essa, que, na época foi considerada inovadora.²²¹

Conseqüentemente, antes mesmo da Carta Magna o princípio do melhor interesse já era orientador da solução de conflitos envolvendo “menores”.²²²

Contudo, a Doutrina Jurídica da Proteção Integral passou a vigorar em nosso país apenas a partir da CF, mas teve as suas bases a partir do ECA.²²³

Com base em referida doutrina, entende-se que crianças e adolescentes, em qualquer situação (regular ou irregular, como distinguia o Código anterior), devem ser protegidos e seus direitos garantidos, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos.

A Doutrina da Proteção Integral é justificada na razão de encontrarem-se, a criança e o adolescente, em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, que possui, então, um regime especial de proteção.

A proteção com prioridade absoluta não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado, é antes, um dever social.²²⁴

Em face da proteção integral são garantidos inúmeros direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes, os quais encontram previsão no art. 227 da CF, que, no *caput*, dispõe:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Destaque-se que referido dispositivo é reconhecido na comunidade internacional como síntese da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança.²²⁵

²²¹ BARBOZA, op. cit., p. 204.

²²² Ibid., p.205.

²²³ PEREIRA, *O melhor interesse da criança...*, p. 14.

²²⁴ Id.

²²⁵ Ibid., p.. 24.

Portanto, resta claro que foi reconhecida constitucionalmente à criança e ao adolescente a titularidade de Direitos de Personalidade, sendo a família funcionalizada para promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, preocupando-se com a dignidade humana.

Como já exposto, a partir da Doutrina da Proteção Integral, passou-se a entender a criança não mais como objeto, mas como sujeito de direito, sendo, então, titular de uma identidade social que lhe permita buscar proteção especial, já que se trata de uma pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

Nestes termos, dispõe o art. 6º do ECA: *“na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”*

Além dos Tratados e Convenções firmadas, bem como, de ratificações, denota-se que o Brasil incorporou em seu sistema jurídico e em caráter definitivo o princípio do melhor interesse da criança, inclusive, em face das previsões constitucional e estatutária.

Nestes termos é o entendimento da jurisprudência, vejamos:

ECA. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. **A adoção da doutrina da proteção integral, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 1º da Lei nº 8.069/90) fortaleceu o princípio do melhor interesse da criança, que deve ser observado em quaisquer circunstâncias, inclusive nas relações familiares e nos casos relativos à filiação** Tratando o feito de crianças e adolescentes vítimas de maus-tratos, cujo pai faz uso reiterado de bebidas alcoólicas e a mãe é omissa em relação aos cuidados necessários à prole, impõe-se a destituição do poder familiar. Apelo desprovido.

(BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70007745003. 7ª Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias. Julgado em 18/02/2004)

(destaque nosso)

Identificada de forma irrefutável a presença do princípio do melhor interesse no Brasil, devemos indicar, através das regras de interpretação de demais normas de direito positivo, o teor deste princípio para o nosso país e no momento atual.

4.4. O Teor do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Questionamos o que seria o princípio do melhor interesse e qual o seu teor, pelo que, urge primeiramente afirmar que não há nenhuma definição legal sobre o mesmo.

Neste contexto, é preciso lembrar que não estamos diante de lacunas da lei, mas sim, de um princípio, o qual, portanto, não pode encontrar definição ou conceitos precisos.

Contudo, sem pretensão de conceituá-lo, entendemos ser imprescindível uma análise do tema, pelo que, veremos, primeiramente, o significado de princípio e depois, de interesse, para, então, buscarmos a compreensão do problema em estudo.

DE PLÁCIDO E SILVA ensina que princípio é derivado do latim *principium* (origem, começo) e que é amplamente usado como indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa.²²⁶

No sentido jurídico, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce do direito. Desse modo, eles tratam de ser as regras ou preceitos que se fixaram na sociedade para posteriormente servirem de norma.

São os pontos básicos que servem de ponto de partida do nosso Direito, sendo eles não só os fundamentos jurídicos já legalmente instituídos, mas sim todos os valores jurídicos derivados da nossa cultura universal.

Os princípios não contêm mandamentos definitivos, mas apenas *prima facie*. Seu fundamento norteia o intérprete em uma direção, mas que não levam, apenas, a uma única conclusão.²²⁷

Ademais, é a eles que recorremos a fim de suprir eventuais lacunas da lei, como bem explicita o art. 4º da LICC: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Por sua vez, interesse é o sentimento que nos leva a procurar o que é necessário, útil ou agradável; é aquilo que é útil, que convém e que importa.

²²⁶ SILVA, op. cit., p. 447.

²²⁷ TEIXEIRA, op. cit., p. 177.

O interesse da criança e do adolescente é um conceito indeterminado e que deve ser concretizado pelo Juiz de acordo com as orientações legais e condições específicas do caso.

Ratifique-se que a indeterminação do conceito se faz presente justamente porque um texto legal jamais pode apreender o fenômeno familiar na sua infinita variedade e imensa complexidade.

Neste contexto, WALDYR GRISARD FILHO afirma que o interesse da criança é uma questão de fato a ser dirimida pelo Juiz.²²⁸

Com base nestas assertivas, podemos afirmar que o princípio do melhor interesse é uma norma elementar que determina a sobreposição do interesse da criança e do adolescente a qualquer outro direito.

Como expõe LUIZ EDSON FACHIN referido princípio é *“um critério significativo da decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma”*.²²⁹

Mas e o que seria o melhor interesse da criança e do adolescente?

O conceito de melhor interesse é bastante relativo, tendo o seu conteúdo uma mudança em face de variações culturais, sociais e axiológicas.²³⁰

Os princípios por estarem estritamente ligados com a idéia de valor e por serem parte das fontes materiais, sofrem a influência do tempo, ou seja, são "mutantes", conforme a época histórica de que tratem.

Sua definição sequer é absoluta, pois o próprio conceito de princípio, acima analisado, já nos leva ao entendimento de que não é possível conceitua-lo de forma pré-determinada.²³¹

Os princípios por serem *standards* de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado.²³²

Por outro lado, deve se buscar a aplicação do “melhor interesse” não de forma subjetivamente estabelecida, o que pode conduzir ao arbítrio, mas um

²²⁸ GRISARD FILHO, op. cit., p. 63.

²²⁹ FACHIN, L. E. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 125.

²³⁰ CUNHA PEREIRA, R. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família* Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 128.

²³¹ Id.

superior interesse baseado em normas objetivas, finalísticas, voltadas para a proteção integral.²³³

O melhor interesse da criança é de ser sempre interpretado e aplicado a partir dos parâmetros constitucionais (art. 227) e do ECA (arts. 4º, 5º e 6º), com intuito de garantir os direitos consolidados, tendo como diretrizes a proteção integral e proteção absoluta.²³⁴

Portanto, o que se pode afirmar sobre o princípio é que guarda estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente.²³⁵

É importante ressaltar que os direitos fundamentais das pessoas têm sido objeto de numerosos trabalhos no âmbito internacional, crescendo dia a dia em importância em face à marcante influência que vêm tendo na estrutura dos diferentes ordenamentos jurídicos.

Neste contexto, entendemos que, por disposição constitucional (art. 227), o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente engloba a observância prioritária do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária das crianças e dos adolescentes.

Enfim, esses são os interesses fundamentais das crianças e dos adolescentes previstos na Carta Magna que devem se sobrepor a qualquer interesse de outrem.

Ademais, o ECA faz previsões específicas de casos em que deve ser garantida a prioridade do “menor”, dispondo sobre a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º, parágrafo único).

Contudo, é preciso ressaltar que à prevalência dos “interesses da criança” deve ocorrer em qualquer caso, sendo o Estatuto, não taxativo, mas exemplificativo.

²³² Id.

²³³ MARQUES, op. cit., p 475.

²³⁴ Ibid., p 492.

²³⁵ CUNHA PEREIRA, op. cit., p. 129.

O conteúdo do princípio torna-se mais facilmente perceptível no caso concreto, pois seu principal objetivo é a realização dos direitos fundamentais da criança.²³⁶

Neste contexto, entende a jurisprudência, vejamos:

O BRASIL AO RATIFICAR A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, ATRAVÉS DO DECRETO 99.710/90, IMPÔS, ENTRE NÓS, O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, RESPALDADA POR PRINCÍPIOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS. O QUE FAZ COM QUE SE RESPEITE NO CASO CONCRETO A GUARDA DE UMA CRIANÇA, DE 03 ANOS DE IDADE, QUE DESDE O NASCIMENTO SEMPRE ESTEVE NA COMPANHIA DO PAI E DA AVÓ PATERNA. NÃO É CONVENIENTE, ENQUANTO NÃO DEFINIDA A GUARDA NA AÇÃO PRINCIPAL, QUE HAJA O DESLOCAMENTO DA CRIANÇA PARA A COMPANHIA DA MÃE, QUE INCLUSIVE É PORTADORA DE TRANSTORNO BI-POLAR. AGRAVO PROVIDO.

(BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70000640888. 8ª Câmara Cível. Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira. Julgado em 06/04/2000)

(destaques nossos)

Ratifique-se, ainda, o caráter interpretativo de referido princípio, o qual cumpre uma função hermenêutica dentro dos limites do próprio direito da infanto-adolescência, permitindo também sistematicamente a afirmação do caráter integral dos direitos da infância.

Através da aplicação de referido princípio, o qual entendemos que deve ser lido através da Constituição Federal, inúmeros institutos foram atingidos, como a guarda, o estabelecimento da paternidade, a adoção e tutela.²³⁷

Imprescindível, então, que se faça uma nova leitura dos mencionados institutos considerando-se derogado qualquer dispositivo que seja incompatível com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.²³⁸

Respectiva leitura tem de ser realizada sem juízos moralistas, sendo, possível, entretanto, uma leitura através de juízos éticos. Isso porque o moralista prefere sempre a formalidade e a lei em sua literalidade, enquanto o ético, prefere a

²³⁶ TEIXEIRA, op. cit., p. 172.

²³⁷ BARBOZA, op. cit., p.207.

²³⁸ Ibid., p.208.

essência do Direito, e, por isso, buscará sempre nos princípios a fundamentação para a mais justa adequação.²³⁹

A solução mais justa para os conflitos que se apresentam no âmbito familiar é aquela que busca o verdadeiro respeito aos elementos fundamentais das relações de família.²⁴⁰

Ademais, na aplicação do princípio é preciso respeitar os sentimentos da criança e do adolescente, seus sonhos, pensamentos e reações, pois atualmente não se admite mais entender esses como seres incompletos e frágeis, mas sim como seres singulares e mutantes por se encontrarem na situação peculiar de desenvolvimento.²⁴¹

Enfim, acreditamos ser esse o teor do princípio e esses os direitos fundamentais da criança e do adolescente que devem se sobrepor, considerando para tanto a aplicação constitucional, estatutária e, ratifique-se, a análise do caso concreto.

Por fim, examinamos o entendimento de BOBBIO²⁴² no sentido de que:

..o problema que temos diante de nós, não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim, qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Não basta, portanto, admitir ou reconhecer a existência de novos direitos, o problema fundamental, como afirma BOBBIO, não é tanto justificá-los, mas protegê-los, devendo-se para tanto, realizar uma análise do caso concreto.

É por essa razão que estendemos nosso trabalho para um estudo de casos concretos, no intuito de demonstrar o que efetivamente é o princípio do melhor interesse e como garanti-lo nos casos de discussão judicial de guarda.

²³⁹ CUNHA PEREIRA, op. cit., p. 89.

²⁴⁰ Id.

²⁴¹ NOVAES, M. H. O “maior interesse” da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais – uma questão psicológica. In: PEREIRA, T. da S. [coord.]. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 527.

²⁴² CUNHA PEREIRA, op. cit., p. 212.

5. A GUARDA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

5.1. É preciso muito mais para a Aplicação do Princípio como Critério para Exercício e Fixação da Guarda

Discutimos neste trabalho como se deveria efetivar o exercício e a fixação da guarda nos diversos modelos de família atualmente.

Analisamos o exercício e fixação da guarda de fato, da guarda comum e conjunta, no caso de cisão da guarda, da guarda nas famílias reconstituídas ou monoparentais e ainda a guarda extraconjugal ou meramente afetiva.

No decorrer da pesquisa, concluímos que seja qual for a modalidade da guarda ou da família, o que se deve primar é pelo desenvolvimento da personalidade e valores da criança e do adolescente, devendo se sobrepor seus interesses aos de outrem.

Enfim, deve se aplicar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o qual também analisamos e concluímos que se trata de um princípio que afirma que os interesses dos “menores” devem se sobrepor a qualquer outro interesse.

Devem, então, se sobrepor os maiores interesses da criança – direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (art. 227 da CF) – a qualquer interesse de outrem.

Por outro lado, verificamos que para a sobreposição desses interesses é necessário muito mais do que previsões constitucionais e decisões judiciais que apliquem o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Para garantir a efetivação do melhor interesse da criança e do adolescente é preciso que ocorra uma reflexão na sociedade e no Estado sobre o assunto.

É preciso que os pais, os guardiães, a sociedade, as escolas, os Poderes Estatais deixem de lado juízos moralistas para que, no caso concreto, não ocorra um relapso dos interesses das crianças em prol de interesses escusos e preconceituosos.

Neste contexto, o princípio do melhor interesse analisado sem referidos preconceitos deve servir de critério para o exercício e fixação da guarda no dia a dia da família e da sociedade.

No caso da guarda de fato, bem como na guarda extraconjugal, temos uma família meramente afetiva, pelo que é preciso mais que reconhecer *esse direito* à guarda para aplicar referido princípio. É preciso abandonar os preconceitos e reconhecer *essa família* afetiva.

Na guarda comum e conjunta é preciso mais que um pai e uma mãe deixando de lado suas diferenças em prol dos interesses da criança. É preciso que haja uma interfuncionalidade dos papéis e que a igualdade entre homens e mulheres seja aceita principalmente por eles mesmos.

No caso de cisão da guarda ou das famílias monoparentais é preciso mais que a observância do princípio do melhor interesse para a fixação do guardião. É preciso que o guardião e o não guardião saibam que ambos são responsáveis pelo desenvolvimento da personalidade do “menor” e que estejam presentes aos passos desse.

Nas famílias reconstituídas é preciso aceitar a função do pai e mãe afins, sua interferência e porque não, o seu amor e afeto.

Enfim, a função social da guarda é evidente, pois é através da guarda que formamos pessoas e valores, é através de guarda, que, então, formamos diretamente uma família e indiretamente uma sociedade.

Desta forma, não podemos discutir apenas como deve se dar o exercício e fixação da guarda segundo um princípio jurídico que não pode ser aplicado somente nas leis e decisões judiciais.

É em razão dessa função social da guarda que defendemos também uma intervenção estatal. Não uma intervenção com o intuito de localizar os “guardiões ideais” ou punir aqueles que não o são, mas uma intervenção estatal principalmente para buscar que o princípio do melhor interesse seja observado com razoabilidade no dia a dia dos “menores”.

A implantação de políticas públicas para propagar a temática seria muito mais do que uma decisão judicial fixando o guardião no caso concreto, pois sem a consciência desse guardião de nada adiantará o seu reconhecimento judicial.

É preciso também que os juízes, advogados e promotores estejam conscientes da função social da guarda e que exerçam suas competências sem juízos moralistas.

É preciso que o Poder Judiciário esteja bem assessorado por psicólogos e assistentes sociais, sendo que esses também precisam ter a consciência da importância da guarda.

Enfim, é preciso muito mais para a aplicação do princípio como critério para exercício e fixação da guarda do que o exposto neste trabalho, até porque a sua percepção exata só pode ocorrer nos casos concretos e singulares da vida.

Por ora, restrinjam a política e analisemos casos concretos de fixação da guarda, afinal o guardião regularmente nomeado será o maior responsável em garantir o melhor interesse da criança e do adolescente.

5.2. Análise de Casos Específicos

5.2.1. E agora Juiz, os avós, a mãe ou o pai?

O primeiro caso que trataremos é o do Recurso Especial – RESP nº 439.376 do Rio de Janeiro - RJ, o qual diz respeito a menina Maria, nascida em 26/07/1995, a qual, na época do julgamento contava com quase oito anos de idade e achava-se na companhia dos avós paternos praticamente desde o nascimento.

A menina, quando contava com um ano e cinco meses, perdeu o pai em acidente automobilístico, enquanto a mãe, depois disso, conquanto residindo em outro local, nunca deixou de visitá-la.

Os avós, então, apresentaram medida cautelar de guarda seguida de ação ordinária de guarda e responsabilidade, visando obter a guarda definitiva da criança.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ confirmou a decisão de primeiro grau, afirmando o Relator que caberia a ele *“adotar as medidas necessárias e adequadas à preservação do interesse da menor, no exercício de seu poder cautelar genérico”*, razão pela qual, entendeu por manter a concessão à mãe biológica da guarda definitiva da “menor”, sendo impostas diversas condições de transição e visitação para garantir o equilíbrio emocional da criança.

No Superior Tribunal de Justiça - STJ a decisão foi mantida sob o argumento de que apesar de Maria sentir-se feliz na companhia dos avós paternos, não poderia olvidar-se que a mãe possuiria efetivamente um “direito natural” de ter consigo a filha, prover a sua subsistência, educação e desenvolvimento.

A decisão tem o seguinte teor:

GUARDA DE MENOR. DISPUTA ENTRE AVÓS PATERNOS E A MÃE. IMPUTAÇÕES FEITAS À GENITORA QUE NÃO SE COMPROVARAM. INTERESSES SUPERIORES DA CRIANÇA. ATENDIMENTO.

– A mãe possui naturalmente preferência na guarda do filho, em relação aos avós. Qualificação suficiente da genitora para prover à criação e educação da criança. Apenas em hipóteses excepcionais, aqui não ocorrentes, é que se deve afastá-la da companhia da menor. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 439376 – Rio de Janeiro. Relator Ministro Barros Monteiro. 4ª Turma. Diário de Justiça 06/09/2004 p. 261. RJADCOAS vol. 61 p. 104. RNDJ vol. 60 p. 107. RSTJ vol. 193 p. 410)

O segundo caso tratado no RESP nº 469.914 do Rio Grande do Sul - RS se refere a uma criança também com oito anos de idade, que desde os primeiros meses de vida sempre esteve sob a guarda do pai e sob os cuidados da avó paterna.

A mãe impetrou ação reclamando a guarda do filho, afirmando que está em melhores condições de criar a criança.

O juiz de primeiro grau, sensibilizado pela situação que vivenciou durante o curso do processo, deixou a “menor” sob a guarda do pai (e conseqüentemente mantido os cuidados pela avó paterna), assegurando à mãe o direito de visita.

A decisão teve o seguinte teor:

GUARDA DE FILHO. Prevalência do interesse da criança.

- Criança com oito anos idade, que vive desde os primeiros meses de vida sob a guarda do pai e na companhia da avó paterna, que lhe oferecem boas condições materiais e afetivas, com estudo social favorável à conservação dessa situação.

- Ação de guarda definitiva promovida pelo pai julgada procedente na sentença e na apelação, com reforma em grau de embargos infringentes.

- Recurso especial conhecido e provido para restabelecer o acórdão proferido na apelação.

Enfim, entendeu o STJ em ambos os casos que o princípio orientador das decisões sobre a guarda de filhos é o da preservação do interesse da criança e que essa há de ser criada no ambiente que melhor assegure o seu bem estar físico e espiritual, seja com a mãe, com o pai, ou mesmo com os avós.

Entretanto, apesar dos casos serem bem semelhantes, o julgamento foi bem distinto sob o âmbito prático.

No primeiro caso, a guarda foi deferida à mãe por essa ter supostamente um “direito natural” e por outro lado pelo entendimento de que os interesses da criança só estariam plenamente resguardados se fosse possibilitada a “menor” crescer com sua mãe biológica.

No segundo caso, entenderam que a guarda paterna não deveria se alterar, mesmo se de fato a criança vivesse com a avó paterna, pois mais do que o interesse da mãe, deveríamos nos sensibilizar pelo interesse da criança, a qual deseja, seguramente, estabilidade e segurança, e quer continuar recebendo carinho e amor, vivendo em paz.

Mas, então, surge a dúvida de como sendo os fatos tão semelhantes, podem as duas decisões, serem tão distintas e se embasarem no mesmo princípio?

Devemos recordar que a análise do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é muito subjetiva. Ou seja, dela podem advir diversas interpretações, pelo que entendemos que ambos os julgados interpretaram o princípio de forma singular e distinta.

Resta, então, sabermos qual realmente pode ser considerado como o *verdadeiro* interesse da criança e do adolescente, se é que ele realmente possa ser apontado com tanta convicção.

Buscaremos, então, através de um estudo de casos concretos demonstrar o que efetivamente é o princípio do melhor interesse e como garanti-lo nos casos de discussão judicial de guarda.

Primeiramente, observamos que ambos os casos concretos são complexos, na medida em que as crianças estariam bem com os avós ou o pai, bem como, por

outro lado, as crianças têm todas as condições de ficarem bem amparadas também ao abrigo de suas mães.

Por essa razão, o art. 227 da CF não poderia servir de parâmetro a indicar os interesses da criança, tendo em vista que seja para quem a guarda fosse concedida, estaria garantido o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Então, qual critério utilizar?

Relembramos que entendemos que primeiramente deveria ser utilizado para indicar o interesse da criança, o critério da figura primária conjuntamente com o parecer social e a opinião dos “menores”.

Por óbvio, sem maiores demandas, podemos afirmar que em ambos os casos a figura primária são as avós, haja vista que são essas que convivem diariamente com as meninas desde bebês, prestando-lhes todo o amor e carinho necessário.

Quanto aos pareceres sociais, esses diferiram, sendo que no primeiro caso, a assistente social entendeu que seria melhor para a criança conviver com a mãe, enquanto no segundo caso a perita informou o risco em mudar uma situação a tanto tempo consolidada.

A opinião das crianças, por fim, foi em conviver com as avós.

Partindo dessas premissas, ao que parece, os julgamentos teriam sido perfeitos, pois acatou a opinião dos pareceres sociais (que oferecem soluções distintas, lembre-se), os quais são feitos por profissionais experientes.

Contudo, discordamos em absoluto!

Devemos lembrar que a pesquisa social e a avaliação psicológica possuem como fim obter o maior número possível de informações sobre a situação material, moral e psicológica, sobre as condições em que vive e são educados os filhos e sobre as medidas que se impõe para preservar o interesse desses.

Esses laudos devem esclarecer ao Juiz a situação da criança ou do adolescente sob o ponto de vista técnico, fornecendo-lhe elementos para apreciação sem alcançarem poder vinculativo da decisão.

Ou seja, entendemos que o julgador deve atentar para esses relatórios, os quais normalmente são relevantes para compreensão do que seja o melhor

interesse da criança sem, entretanto, considerar as “soluções” que os laudos apresentam como “verdades absolutas”.

Ratifique-se que a leitura dos laudos tem de ser realizada sem juízos moralistas ou interpretações formalistas da lei em sua literalidade, esquecendo-se da essência do Direito.

Em outras palavras, entendemos que o primeiro julgado ao transferir a guarda dos avós paternos para a mãe, não se preocupou com os *verdadeiros* interesses da criança, na medida em que fez uma leitura desses interesses sob um enfoque moralista.

Ou seja, o primeiro julgamento acatou literalmente um laudo pericial também moralista, que entendeu que uma criança só estaria realmente bem e com seus superiores interesses resguardados se convivesse com a mãe biológica.

O laudo social equivocadamente afirma, conforme consta na decisão:

Afirma a Perita que, no momento do laudo, Maria estava bem, mas que é preciso examinar a questão 'daqui a alguns anos'. O que significará estar bem para Maria, perguntam a Perita, e este Relator, que têm iguais preocupações.

No futuro é inevitável que Maria se faça as mesmas perguntas que o Santo Papa formulou, ao visitar pela primeira vez o Brasil, e se dirigindo a seminaristas, futuros sacerdotes: 'quem sou eu, de onde vim, para onde quero ir'. Maria se perguntará no futuro, garante a Perita: **'Por que minha mãe não pôde ficar comigo?'**.

E, encerrando o laudo, sugere a Perita: **'Em síntese, a hora é de solidificar, através de orientação adequada da situação atual, o lugar ideal para Maria, que é junto à sua mãe. Propõe então a Perita que se mantenha, provisoriamente, a guarda com os avós, mas pelo período de um ano, que se expiraria, portanto, em novembro de 1998, quando as partes deveriam se submeter a uma nova avaliação, mediante estudo psicológico, quanto às suas condições e motivações, para exercer a guarda definitiva de Maria.**

(destaques nossos)

Ora, devemos lembrar que quando discutimos guarda não devemos procurar o “lugar ideal”, ainda mais de uma forma abstrata, como se sempre o “lugar ideal” para uma criança fosse ao lado de seus pais biológicos!

Por outro lado, não existe tal “lugar ideal”, já que a vida, por certo, é feita de prós e contras.

Assim sendo, mesmo que a menina sob a guarda dos avós um dia pensasse em como teria sido viver com sua mãe, tal dúvida, não acarreta a afirmação de que se vivesse com esta não teria outros questionamentos.

Por essa razão, a decisão não foi unânime, tendo exposto o MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR a preocupação em se perguntar qual é o interesse da criança, deixando de lado o direito da mãe, do pai, dos avós.

Pergunta, então, o Ministro: o que interessa a essa criança, que nasceu na casa dos avós e até hoje, com oito anos de idade, foi criada na casa dos avós? O que significará a quebra do ambiente familiar? Que influência psicológica sofrerá no momento em que esse ambiente de sua criação e formação for substituído por outro?

Conclui o Ministro que a transferência da guarda depois de decorridos tantos anos traria uma dificuldade emocional para essa criança, dificilmente superável no futuro.

Ou seja, desaparecia a dúvida de “por que minha mãe não pôde ficar comigo”, mas provavelmente surgiriam tanto outros problemas emocionais em razão da alteração extrema que não permaneceria assegurado o interesse da criança.

O fato é que a guarda não pode ser tratada como um jogo de azar em que apostamos no acaso, ou seja, de que “talvez” com a mãe a criança esteja melhor no futuro.

Sabemos que com os avós a criança sempre esteve bem e é isso que tem que ser resguardado.

Deve-se, então, privilegiar a situação do “menor”, quer dizer, independentemente de com quem ele ficará, há que se atentar para sua situação particular e não para suposições futuras ou juízos moralistas.

Qualquer solução em sentido contrário parece temerária.

Enfim, não podemos entender que a mãe tem efetivamente um “direito natural” sobre as crianças, como se fosse uma “guardiã ideal”, como se as crianças desejassem sempre viver com suas mães biológicas.

Claro que o vínculo biológico não será ignorado, devendo se garantir amplo direito de visitas para as mães, mas, sem, entretanto, sobrepor esse vínculo biológico sobre o vínculo afetivo, muito mais forte e relevante.

Por conseguinte, baseado em estudos de psicólogos e pedagogos, relembramos que a guarda deve atender basicamente três referenciais de continuidade: a) o *continuum* de afetividade, b) o *continuum* social e c) o *continuum* espacial.

O *continuum da afetividade* indica que a criança ou o adolescente deve permanecer sob a guarda da figura primária de referência. O *continuum social* determina que ao “menor” deve ser proporcionada a preservação de seu relacionamento social, e por fim, o *continuum espacial* afirma que deve ser preservado o espaço dos filhos, porque a personalidade da pessoa se constrói dentro de certo espaço.

Enfim, mantendo a guarda com as avós com quem as crianças estão bem desde o nascimento (e no segundo caso com o pai), resguarda-se o *verdadeiro* interesse das “menores”.

O interesse das crianças nesses casos concretos é justamente a manutenção da guarda em face dos fortes laços afetivos criados.

Os guardiões de fato (no caso os avós e o pai) e as crianças formam uma família afetiva que não pode ser desconsiderada e desestruturada, conforme prevê o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente.

Nos termos do art. 34 do ECA, a alteração da guarda (de fato, inclusive) pode comprometer a estabilidade emocional do “menor”, criando-lhe uma situação de insegurança pessoal, devendo, portanto, ocorrer somente frente a motivos muito graves e ponderáveis.

No primeiro caso, o julgamento foi preconceituoso ao não reconhecer que já existe uma filiação afetiva proveniente justamente do exercício da guarda de fato.

Por outro lado, no segundo caso, o respeito ao afeto existente fica bem claro, vejamos:

Parece-me que o interesse egoístico está prevalecendo, com o devido respeito.

(...)

Se o infante estivesse com terceiros, se não estivesse com o pai e os avós, não teríamos a menor dúvida em manter os terceiros como guardiões, privilegiando a relação de fato existente, mas como é uma briga de um pai e de uma mãe, **a figura da mãe sensibiliza mais e se alterando a guarda, que vinha sendo bem exercida pelo pai.**

Esta situação é extremamente preocupante e parece que temos que cuidar, aqui, exclusivamente do bem-estar desta criança, e, se ela está bem, se não há razão para alterar a guarda, que se mantenha assim.

(...)

Não está sendo prejudicada a criança em sua formação; para ser retirada do pai e entregue à mãe, que desde logo deve entender que o seu filho está sendo bem criado, e não é recomendável a remoção de guarda, até por aconselhamento da assistente social.

(destaques nossos)

A perita e os Julgadores no primeiro caso se sensibilizaram pela a figura da mãe alterando a guarda que vinha sendo bem exercida pelos avós em total prejuízo do *verdadeiro* interesse da criança.

É justamente isso que não pode ocorrer quanto discutimos a guarda, ou seja, é preciso estar atento para não sobrepormos nossos juízos moralistas, resquícios da família patriarcal, e interpretar o caso concreto sob um ponto de vista ético, analisando, também, a essência do caso.

Enfim, o que de fato interessa às crianças é a boa formação moral, social e psicológica, a busca da saúde mental e principalmente, nos casos concretos analisados, a preservação da sua estrutura emocional e das famílias afetivas formadas.

5.2.2. A guarda no caso das relações homo-afetivas

Para esclarecer ainda mais o nosso entendimento sobre o que seria o melhor interesse da criança e do adolescente em casos de guarda, analisaremos mais um caso concreto e polêmico.

O intuito é demonstrar de forma mais evidente a diferença entre a fixação do melhor interesse conforme critérios éticos ao invés de critérios morais.

O caso que trataremos é bastante conhecido e trata do menino Francisco Ribeiro Eller, o “Chicão”, filho da cantora Cássia Eller, a qual veio a falecer em dezembro de 2001.

A cantora, como é sabido, era homossexual e mantinha um relacionamento de 14 (quatorze) anos com Maria Eugênia Vieira Martins, a qual sempre esteve

presente na criação do menino, promovendo-lhe seu desenvolvimento físico, intelectual e moral.

Ou seja, a relação afetiva mais profunda de “Chicão” era efetivamente com Maria Eugênia.

Em face do falecimento da cantora, Maria Eugênia entrou com um processo pleiteando a guarda do menino, guarda esta também disputada pelo avô biológico da criança, pai de Cássia Eller.

O juiz da 1ª Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, LEONARDO CASTRO GOMES, concedeu a guarda provisória de Francisco à Maria Eugênia, entendendo que referida concessão garantiria o melhor interesse da criança, já que Maria Eugênia era a pessoa mais importante para o menino.

A decisão causou polêmica, tendo em vista que pela primeira vez surtiu na mídia um caso de concessão de guarda a terceiro sem qualquer parentesco em prejuízo dos avós.

A decisão, então, supostamente confrontava com o art. 28 do ECA que dá preferência para a guarda extraconjugal aos parentes, bem como o art. 1584, parágrafo único do CCB/2002.

A polêmica também se fez presente, principalmente, em razão da guarda ser concedida àquela que guardava relação homossexual com a mãe biológica do menino.

A sociedade munida de preconceitos tende a não aceitar a concessão de guarda, tutela ou adoção de crianças para casais ou pessoas homossexuais.

Enfim, inúmeras pessoas acreditam que o fato da pessoa ser homossexual obstaculiza o deferimento da guarda de criança, pois referida concessão poderia desvirtuar a formação psicológica do “menor”.

Neste sentido, muitos defendem a tese de que “Chicão” teria seu melhor interesse resguardado apenas se convivesse com os avós e não com Maria Eugênia, em razão da sexualidade desta, a qual, supostamente poderia interferir na estabilidade emocional e psicológica do menino.

Contudo, novamente discordamos.

Isso porque o *verdadeiro* interesse da criança e do adolescente não pode ser interpretado segundo critério morais, os quais normalmente estão repletos de preconceitos que não consideram os fatos.

Para a fixação do melhor interesse da criança e do adolescente é preciso nos abster desses critérios morais e utilizarmos critérios éticos.

Com critérios meramente éticos, saberemos que privar Maria Eugênia de ter a guarda de “Chicão”, unicamente porque é homossexual, é ultrajante e inequivocamente discriminatório.

“Chicão” e Maria Eugênia formam uma família afetiva que deve ser tutelada independentemente da sexualidade da guardiã de fato.

Não devemos nos perguntar se a guardiã apenas por ser homossexual trará uma instabilidade emocional e psicológica do menino, mas nos perguntar que influência psicológica sofrerá essa criança no momento em que o único ambiente onde foi criado for substituído por outro.

Devemos lembrar que Maria Eugênia é a única “mãe” que o menino conhece.

Por certo, a transferência da guarda depois de decorridos tantos anos traria uma dificuldade emocional para essa criança, dificilmente superável no futuro. E esse fato é certo, enquanto a discussão sobre os efeitos da criação de crianças em famílias homossexuais ainda não passa de uma conjectura, diga-se de passagem, fruto de preconceito.

Ademais, deferindo-se a guarda de “Chicão” à Maria Eugênia estaremos respeitando os critérios anteriormente apontados como indicativos do melhor interesse da criança e do adolescente, quais sejam, o critério da figura primária conjuntamente com o parecer social e a opinião da criança.

No caso, a figura primária da criança é indubitavelmente Maria Eugênia, a qual foi reconhecida como pessoa equilibrada e apta a manter o ambiente familiar em que o menino vinha sendo criado, além do fato do “menor” ter manifestado sua vontade em viver com ela.

Enfim, temos que nos abster dos preconceitos a fim de realmente interpretarmos o melhor interesse da criança e do adolescente em sua essência.

Preconceito, segundo LÍDIA WEBER²⁴³, se conceitua como:

²⁴³ WEBER, L. N. D. *Aspectos psicológicos da adoção*. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004. p. 19/20.

Preconceito é um conceito formado antecipadamente e sem fundamento razoável; uma opinião formada sem reflexão, sem base; é uma idéia que não leva em conta os fatos, mas o que se “diz sobre ele” O preconceito se desenvolve a partir das influências que experiências passadas generalizadas têm sobre os indivíduos. A sociedade cria preconceitos sobre aqueles que são estigmatizados, exclui os diferentes como uma maneira de tentar garantir a sua própria normalidade... Na verdade, esse preconceito, consciente ou não, tem por base o medo que temos do diferente, daquele que não é igual a nós, do outro que não reflete a nossa imagem como gostaríamos.

Ocorre que não se concebe mais tratar a guarda através de uma opinião formada sem reflexão, sem base, tendo em vista que é através da guarda que formamos pessoas e valores, e conseqüentemente, que formamos a nossa sociedade.

6. CONCLUSÃO

Nossa pesquisa sobre a Guarda à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente restou iniciada pelos fundamentos básicos dessa.

Já no início da problemática, podemos perceber que a guarda tem uma importância fundamental, ao passo que é através dela que as pessoas se desenvolvem e criam seus valores e princípios mais intrínsecos.

Isso porque a guarda é um instituto pelo qual determinada pessoa assume a responsabilidade sobre uma criança ou adolescente.

Ou seja, é o direito de conviver e residir com o “menor”, direito do qual surgem inúmeros deveres – desde o custeamento das necessidades da criança, até a contribuição com o desenvolvimento da personalidade desse e a formação de seus valores através da prestação de carinho, amor e educação.

Considerando, então, a importância da guarda na formação das pessoas, concluímos que a fixação e o exercício dessa, seja qual for o formato da família, devem se efetivar observando o que seja o melhor interesse da criança e do adolescente, agora vistos como sujeitos de direito que merecem muito mais que respeito.

Por sua vez, analisamos que o princípio do melhor interesse é uma norma elementar que determina a sobreposição do interesse da criança e do adolescente a qualquer outro direito.

Neste contexto, entendemos que, por disposição constitucional (art. 227), o melhor interesse da criança e do adolescente engloba a observância prioritária do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária dos “menores”.

Desta forma, o exercício da guarda, na diversidade familiar, deve observar esses direitos fundamentais da criança como forma de garantir o mínimo necessário a qualquer criança e adolescente.

Vimos que no caso da guarda de fato e na guarda extraconjugal temos famílias afetivas que devem ser tuteladas, pelo que é preciso reconhecer *esse direito* à guarda para aplicar referido princípio, assim como é preciso abandonar os preconceitos e reconhecer também *essa família*.

Na guarda comum e conjunta é preciso que os pais deixem de lado suas diferenças em prol dos interesses da criança. É preciso, ainda, que haja uma interfungibilidade dos papéis e que a igualdade entre homens e mulheres seja aceita principalmente por eles mesmos.

No caso de cisão da guarda ou das famílias monoparentais é preciso que seja observado o princípio do melhor interesse para a fixação do guardião, considerando a figura primária de referência da criança e do adolescente, o parecer psicossocial e, ainda, a opinião do “menor”.

É preciso, ainda, que o guardião e o não guardião saibam que ambos são responsáveis pelo desenvolvimento da criança e do adolescente e que estejam presentes na vida desses.

Nas famílias reconstituídas é preciso aceitar a função do pai e mãe afins, sua interferência e porque não, o seu amor e afeto.

Defendemos também que em todos esses modelos familiares deve ser possibilitada uma intervenção estatal com o intuito principalmente de que seja observado o princípio do melhor interesse, tão esquecido no dia a dia da sociedade e da família, ora desestruturadas.

Por fim, destacamos que o *verdadeiro* interesse da criança e do adolescente não pode ser interpretado segundo critérios morais, os quais normalmente estão repletos de preconceitos que não levam em conta os fatos.

Para a fixação do melhor interesse da criança e do adolescente é preciso que nos abstenhamos desses critérios morais e utilizemos critérios éticos, analisando, sempre, cada caso concreto, respeitando o ser humano em toda a sua singularidade.

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. São Paulo: Forense Universitária, 2000.
- CAHALI, Yussef Said. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – comentários jurídicos e sociais**. Coordenadores: CURY, Munir. SILVA, Antônio Fernando do Amaral. MENDEZ, Emílio García. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1992.
- CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CUHA PEREIRA, Rodrigo da. **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- ____. **A Família na Travessia do Milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar: 1999.
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada, um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, Tutela e Guarda conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.
- JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente in Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais, a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ____. **Direito Civil Aplicado. Direito de Família**. Vol 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ____. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. São Paulo: Editora Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de: CICCIO, Maria Cristina. Rio de Janeiro. São Paulo: 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

RODRIGUES, Arnaldo. **Direito Civil. Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental, Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre pais e filhos**. São Paulo: Renovar, 2002.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio**. Coimbra: Editora Almedina, 2000.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: LTr, 1998.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. São Paulo: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 5.ed. Vol 6. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2003.